

...uvrage est de
...c hjelama, sous le
... emprunté de
...cator.

M



ANTONII MERCATORIS,

Pro

IACOBO CVIACIO

inclytæ recordationis IC^to^,

OPERÆ GRATVITÆ;

De Condictione furtiva.

Adversus Operas ANT. FABRO SEBVSIANO, inclytæ famæ IC^to^, & Præsidi in Senatu Sabaudiæ primario, *subsidiarias.*

Ex Legato Ill.^mi^ Cocini Secr. Dom. Sesa Bibl. Coll. Soc.



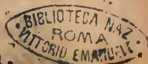
LVGDVNI BATAVORVM,
Apud Ludovicum Elzevirium,
cIↄIↄcxvi.

Ad Virum Clarissimum, Consultissimum, Doctissimum

CORNELIVM SYLVIVM

I. V. D.

Ac in Nobili, perillustri Batavorum Academia Professorem Ordinarium, Dominum & amicum de proximo amicissimum,



Epistola dedicatoria.

SVrrexit è Silesia, non ita nuper, Gasparus Schifordigerus; qui Disputationum Forensium ad Antonium Fabrum ICtum Sebusianum, conscripsit libros tres: Quorum secundo

tract. I. quæst. VII ad finem usque, *præter meritum, citraq; offensam, Amplissimum & Magnificum virum, D. Marcum à Lyclama in Nyeholt ante sedecim annos in Illustrissimo Ordinum Generalium consessu Hagis-comitis nomine Frisiæ Legatum: postea in florentissima Frisiorum Academia Franekeræ ICtum primarium, hodie in Illustrissimorum Ordinum Generalium consistorio Status Hagis-comitis, consiliarium, per Stellinguerfiam Orientalē Grietmannum, hoc est, Dynasten seu Satrapam, & Almæ Academiæ Franekarensis Curatorem, perstringere, non fuit veritus. Hic*

cum

cum lib. *1.* Memb. *18.* *Cujacij ICti facilè Principis ſententiam de condictione furtiva, an & quatenus in heredem danda, non ſolum defendendam ſuſcepiſſet, ſed & quàm plurimis, iiſq; non de plebe rationibus ſtabiliviſſet, nec paucis legibus eandem comprobaviſſet; Ille, ſive amore defenſionis Magiſtri ſui, in cujus verba quaſi juraſſe mihi viſus, ſecùs ac ingenuum deceat, excitatus; ſive ſtudio contradicendi ſtimulatus, imprimis verò ſi cum hoc noſtro Heroe ac Domino committeretur, certiſsimam inde nominis ſui famam ſe conſequuturum ratus, eum ad pugnam provocavit, ſeque cum illo*

 com-

componi, præoptavit. Factum hoc facilius Schifordigero condonari posset, si intra metam boni & Candidi veritatis disquisitoris stetisset: Etenim palma in medio posita est, veritas omnibus ex æquo sese exquirenda offert, ac vicerit, qui eandem eruerit, atque in lucem dederit clarissime. Nunc autem, cum se calori nimio raptandum dederit, nec non immodeste satis absque fundamento, sine rationibus virum primorem *exceperit, insultaveritq;. Occurrendum huic homini duxit Antonius Mercator, ne merito causæ, ipsiq; adeo veritati, istorum hominum provocationibus, atque insultationibus,*

nibus, quicquam detraheretur. Itaque istiusmodi terriculamentis minimè veritus, meritoque causæ, ac veritati confidens, Antonius hic Mercator in Palæstram descendit. Idque eodem, si non meliori, quo ille, jure. Si enim Schifordigero Magistrum suum defensuro, in harenam procedere, licuerit; licere & sibi contendit Mercator Dominum suum in hac causa longè meliorem, exercitatiorem Athletam, suo periculo, defendere. Cæterum cogitanti mihi de patrocinio ac tutela huius operis, cujus directio atque inspectio, tua primitus commendatione ad me pervenit, tu Vir Clarissime Consul-

 tissime,

tissime, Doctissime in mentem venisti, cui isthoc sub nomine Antonij Mercatoris inscriberē. Promeruêre namque jam dudum tale quid, amicitiæ vinculum, ac officium tuum, quibus erga Amplissimum Dnū Lyclama, quem hic defendi sit volupe non minus, tum erga me, sis affectus: maxime etiam, ut hoc ipso aliquando stimulus tibi addatur, specimina ingenij & eruditionis tuæ, quibus fæliciter & acutè polles, in hac vel simili palæstra edendi; ad nominis tui, & Academiæ Nobilis, in qua masculè ac laudabilitèr munere tuo fungeris, celebriorem famam atque decus. Tu interim

rim

rim vale. E Musæo Lugd. Batav. 5. Septemb. Anno 1616.

Dignit. & Excellentiæ tuæ
Studiosissimus

QVIRINVS A KANCKEBEER
Fris. Orient. SS. LL. Studiosus.



★5 AD

FVit jam pridem Iacobus Cujacius inclytæ recordationis ICtus, neque nescire potes benivole Lector, quanta æmulatio primitus viro crescenti negocium facessere cœperit. Ne alios memorem vnius Roberti memoria duellũ exhibet sævum illud & nimis crudele. Robertum cõpescuit Antonius Mercator. Erexit se Cujacius,& honorem retinuit,ad quem semel adspiraverat, ICti ferè principis suo ævo. Fuit quoque Robertus; sed mortuo vtroque surrexit in Sabaudia, qui pileum eminentiæ sibi deberi, igitur eò gloriæ vt veniret, superare Cujacium præsumpserit. Extitere complures, qui conantem tum grandia primitus laudare non dubitarunt: Et recte. Viros suspicimus magna conantes,etiamsi decidunt. Postea intumuit, vt se in pectore continere nequiverit, neve fama defraudaretur. Inter alios ministerio emissarij domestici Dominum

num adortus est eâ verborum contumelia, cujus Faber vel ipso Roberto intemperantior esse non dubitavit. Vnde, inquies, iste motus: Pro Iacobi Cujacij sententia quâdam insurrexerat dominus, & verbis neminem mortalium lædentibus, nedum ex Sabaudia vulnerato quopiam, sententiam contrariam paululùm de loco moverat. hinc offensio. Quæ neque Dominum movisset, si eo, quo natu & statu est, respectu, & non inclementius fuisset habitus, quàm genus, dignitas, dona & bona solent mereri apud eos, qui istis non destituuntur. Neque ista in præsidem injustè: fecit alius, cujus factum præstare non teneatur. Bella festa: præsidis est incivile factum coërcere *l. 5. De extraord. cogn.* suum vnicuique honorem, si non tribuere, relinquere, non eripere. Domi natum opus eâdem operâ potuerat a convitijs purgare, quâ non negavit epistolâ superbâ honestate. Quid ergo? sive error sive dolus imposuerit viro, factum est, quod postea reddi non potuit infectum. Respondit

dominus

Dominus in *Sermone suo forensi*, quid factum vellet, nimirum, generosior ipsus tacere, alius pro ipso donec suam operam impertiretur, exspectare. Neque defuere complures, qui eam exhibuere. Dilata res fuit compositò, vt cognosceretur, quo animo, & an non pacatior futurus esset auctor in *vltima chiliadis parte*. Quippe quem eadē de re resumpturum omnia accuratiùs spes facta erat. Prodijt pars illa: vidit Dominus, cui mox ab amicis exprobatum, vt videret, quo tandem iste sui contemptus procederet, si respondere cunctaretur diutius aut amicum aliquem eodem exēplo rem agere non pateretur, quo emissarium adversus se inventum reminisceretur. Paruit inclinatior aliàs ad pacem animus, sumpto in manus calamo per horas furtivas pro dignitate suę personæ adversus ipsum provocationis auctorē primarium. Inter amicos verò mihi obtigit, vt Schifourdigerum reprimerem; restituto Cujacio in suam sedem. Scio & prævideo ex suspicionibus judicia, quæ futura de meo nomine. Alij

ne. Alij aliquam Promethei manu fi-ctam personam imaginabuntur. Erũt, qui licita Forcatuli arte ab inferis *Antonij Mercatoris* manes defendẽdo Cujacio reductos præsagient. Fortè nec deerunt, qui a Mercatura omninm disciplinarũ, quę in celeberrima hac Leidensi Academia prostat, nomen dabũt, aut commiscentur alia. Quid tum? iudicet opinio hominum pro adfectione, citra injuriam ejus, cui jus & ratio permittunt defendere & defendi. Equidem serius quàm optâram, prodeo: nec tamen ideo me non bonum lusorem dices, qui pilam, vt oportebat, excepi, cum per me mora, quo minus mox remitterem, nõn fuit. In personam scribere ardelionis est. Itaque ab isto vitio vbique procul sum. Vbi varo pede jurisprudentia calcatur, alibi *calor arma ministrat.* Ita oportuit, vt paria facerem. Quinimo si, vt in alijs materijs, ita in hac sese adversarius erga Dominũ gessisset, ea viri humanitas fuisset, vt vel ipse suo responso non indignum eũ iudicasset, qui tãta animositate promptitudinem

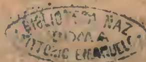
titudinem ingenij non contemnendā ei exhibuiſſet. amat:

Ingenui vultus iuvenem, ingenuique pudoris:
Quales eſſe decet, quos ardens purpura veſtit.

Non recuſat reprehendi liberè: vult honeſtè pro qualitate ſuæ perſonæ. Tāta eſt veri appetitio præcipuè felicibus ingenijs, vt verum neſcire homines ingenioſi pro magno piaculo habeant igitur læſi plerumque ſe vindicent. Sunt *vt in caſtris ſic etiam in literis noſtris plures cultu pagano, quos cinctos, armatos & quidem ardentiſsimo ingenio* præditos diligentiùs ſcrutati invenimus. Proinde neminem ab exteriore adſpectu licet contemnere. *Faveo ſeculo, ne ſit ſterile & effætum, mireque cupio ne Nobiles noſtri nihil in domibus ſuis pulchrum, niſi imagines habeant*. Hac ratione excitat ſe Dominus, & ejus exemplo ſi excitet ſe Schifourdigerus modeſtiùs erga eum, nullos a mea parte poſthac radios exſeram mentis malignæ. Sin ſecus: per me licebit, vt populus eum lapidibus proſequatur, qui hoſce limites prior denuò tranſilierit. Ego quoque

ſinum

ſinum meum ſaxis onerabo, vt qui-
cunque cœperit a ſe exire, ſanguinem
ei mittam a capite. *Habemus ſeculum
virtuti amicum, quo niſi optimus quiſ-
que gloriam parat, hominis eſt culpa,
non temporis.* Pro hoc tempore,
quæ dixi, opto, præcipuè,
Lector benivole, te
favere ſalvere plu-
rimum.



Sequentia hæc incuriâ omissa, sic supplenda:

Fol. 81. post lin. 9. *odio inductum esse, ideo actionem furti adversus eius heredem non competere, licet aliquid ad eum pervenerit, secus quàm in alijs furibus.* Immo tutor quà fur eidem odio subiectus, non minori *iuxt.* §. 14. *Instit. de action.* Alia illa, &c.

Emendanda insuper.

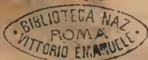
Fol. 4. in epist. dedic. lin. 11. lege *contendit.* fol. 147. lin. vlt. *partim.* fol. 148. lin. 8. *quid iam.* lin. 20. *affecta.* fol. 149. lin. 8. *an non sim.* fol. 157. lin. 8. *meramq́, & Solam.* fol. 166. lin. 8. *alicuius pœnæ.* fol. 172. lin. 10. *paulò.* fol. 176. lin. 6. ab infer. *quàm.* lin. 5. *in hisce.* fol. 177. *pro* err. 5. *lege* err. 4. err. 7. *lege* 6. err. 1. *adde* & 2. Cætera minutiora Benevolo lectori committuntur.

Pro Iacobo Cujacio

OPERÆ GRATVITÆ.

Adversus operas

ANTONIO FABRO subsidiarias.



CAP. I.

In condictione furtiva quo sensu res extra pœnam res furtiva contineatur.



Nquisitio veri vt omnibus patet, ita ejus defensio omni jure licita est singulis. Proinde & ire mihi licitum, vt opiniones aliquot veras vera juris ratione mæniam, falsas modestè sed dextra premam vindice. Ac quidem prima erit de condictione furtiva, utrum adversus heredem furis in solidum detur. In hoc juris articulo ceu fideliam recens coctam percutere Dominum non dubitavit Gasp. Schitfourdigerus, *libr. 2. Ad Ant. Fabr.* quàm feliciter; non operæ perdita fuerit, singulis ex capitibus maledicta singula non solum recensere sed & censere. Primum ait *in quæst. 7. pagin. 13, a lin. 43.* Dominum, vt ostenderet condictionem furtivam adversus furis heredem dari in id quod pervenit, non in solidum,

 moveri

moveri ex eo, quod Vlpianus scripserit condictionem furtivam rei persecutionem habere in l. 7. §. 2. de Cond. furt. Lepidum in limine erratum. In Membranis clarè dominus; *primum,* inquit, *& princeps eorum argumentum est,* condictionem hanc rei persecutionem habere, rem ipsam petere, &c. vbi oculi? *eorum* dixit, ecquorum? vtique Antonij Fabri 4. *conject.* 1. Hoc argumentum refutavit Dominus primore loco, tantum ab est, vt hinc argumentum sumpserit. Quod falsò illi adscribere ausus quâ fronte? negas *in condictione furtivâ rem contineri cum poena, vel cum delicto d. pagin.* 13. *b.* Rectè: ergo non in solidum adversus heredem datur. Cum ad heredem ex furto defuncti aliquid pervenit, si dominus solidum condicat ex delicto, rem cum pœna condicit. Siquidem, quod ad eum pervenit, sit res; quod verò non pervenit, & ita nihilominus condicitur, sit pœna. Tùm in condictione hac si negas cum delicto rem contineri, negas eam oriri ex delicto, postea quam omnis actio, quæ ex delicto oriatur, delictum contineat. Aut vide, quemadmodùm colligi possit. Actiones ex contractu vel quasi naturâ suâ habent rei persecutionem, quia rei persequendæ causa comparatæ sunt §. 17. *Inst. de Act.* Actiones ex delicto mistæ, pœnam cum re continent §. 19. *Inst. de Act.* actiones ex delicto merè rei persecutoriæ,

toriæ præter rem nullam pœnam persequuntur, igitur rem solam cum delicto cōtinent *l.* 21. *§. pen.* D. *Rer. Amot.* *l.* 1. *§.* 1. D. *de tut. & rat. distrah.* *l.* 3. *§.* 1. D. *de vi & vi arm.* ne, quia sine pœna essent, sine re, quam persequerentur, essent. Sic *continere* est, comprehendere, complecti aliquid cū aliquo *l. si l.* 70. *§. ult. De v. Sign.* *l.* 3. D. *ad l. Iul. pecul.* De re levi, ut videtur, disputatio hæc. Ergo aliqua vt vtilitas hac ex re observetur, soleo hinc argumentum petere, vt probem condictionem furtivam esse ex alia causa; non ex delicto vel quasi immediatè dari. Habet namque rei persecutionem *d. l.* 7. *§.* 1. vt omnes actiones ex contractu vel quasi habent, *fac. l.* 7. *§.* 1. D. *depos.* *l.* 35, *de obl. & act.* non continet, sicut actiones ex delicto merè rei persecutoriæ *l.* 21. *§. pen. de Act. rer. Am.* *l.* 3. *§.* 1. *de v. & vi arm.* In actionibus ex contractu vel quasi dubitari nō potest, vtrum rei persecutionem contineant, quam habeant, sed bene, vtrum pœnam aliquam contineant, quam regulariter non habent. *§. non omnes Inst. de perp. & temp. act.* *l.* 1. *§.* 1. *l.* 18. *depos.* *§.* 19. *Inst. de Act.* In actionibus ex delicto propter delictum, quod delinquētem personaliter afficit, dubitari potest, vtrum rei persecutionem contineant, & non in solo delicto aut pœna occupentur. Quid? ait adversarius *extra poenam in condictione ipsam*

rem peti. d. pagin. 13. *lin.* 1. *b.* non quidem id nego. sed inde concludo, condictionem furtivam non posse ex delicto in solidum adversus heredem dari, hoc est, etiam vbi nihil ad eum pervenerit, aut futurum, vt pœna ab herede detur, & pœnalis fiat condictio, quatenus datur in plus, quam ad eum pervenit. Tantum abest, vt Dominus scripserit, in condictione furtiva rem cum pœna contineri, seu quod idem est, condictionem non extra pœnam esse rei persecutoriam, item actorem condictione delictum aut vindictam persequi. Calumniæ sunt. Ne pœnalis fiat condictio, næ ideo laborat Dominus, ne quà ex delicto est, in solidum detur.

CAP. II.

Condictio furtiva an ex sui natura sit rei persecutoria, an jure extraordinario sive singulari.

CONdictio furtiva & actio rerum Amotarum meram rei, quæ abest, persecutionem habent, non ex se & sui natura, sed jure extraordinario & singulari, ita Dom. 1. *Membr.* 18. Quid obgannis Gaspar? hoc scilicet, *libr.* 2. *a.* 7. *pagin.* 13. *b.* quia condictio furtiva *rei recipiendæ nomine adversus furem*

furem inducta sit, ideo ex sui natura eam esse rei persecutoriam. Pudet dicere quàm nulla hæc probatio. Aut ecquid hoc est, si non ideo eam esse rei persecutoriam, quia rei persecutionem contineat? idem per idem iteratur, non explicatur. Quæstio est de rei *suæ* persecutione. Magis miror, dum ais, rerum amotarum actionem *non ex sui natura sed arbitrio iudicis rei persecutionem habere*, quasi verò actioni naturam aliquam, quam Lex ei non contulit, iudex datus & privatus posſit conferre. Rei vindicatio, ex se &, sui natura, tribuit domino rei suæ persecutionem adversus ejus possessorem. Atenimverò contra naturam omnium condictionum est, actione personali rem *suam* petere. §. 14. & 15. *Inst. de Act.* Sola excipitur condictio furtiva *d.* §. 14. Hæc non vi naturæ condictitiæ, quæ rem debitam persequitur, sed quatenus jus singulare & extraordinarium adspicis, odiò furum, rẽ suam *d.* §. 14. *l. ult.* D. *usufr. quemad. cau.* Adversarius vult cõdictionẽ furtivã ex se & sui natura rei persecutoriã esse. Hoc quis negat eo sensu, quo condictio quævis in genere rem persequitur? loquitur Dominus de persecutione rei *suæ*. Similiter furti actio ex se & sui natura nihil, nisi pœnam persequitur, & actio Rerum amotarum in veritate est actio furti, detractâ

pœnâ. Quid enim amovere est aliud, quàm furari. *l. 19. de Cond. furt. l. i. de Act. rer. Amot.* Quod autem alia sit, quam furti actio, neque pœnam sed rem suam persequatur, næ id itidem contra actionis personalis naturam fieri credendum est jure singulari, sive extraordinario *l. i. de Act. rer. Am.* Quid audio? non admittis jus singulare dici extraordinarium *d. quæst. 7. pagin. 13.* Amabo te, dic rationem, quare? Hic altum siles & sola authoritate tui Fabri te mœnis, qui itidem nullo rationis vel legis auxilio utitur. Quæ malùm ista confidentia, non auscultare legibus, quæ clarè hæc duo pro eodem, ferente ita materia, accipi ferunt *l. 10. de v. S. l. 16. de minor. l. 6. de off. proc. l. 5. c. de privil. fisc. l. 178. §. 2. de v. S. l. 2. de furt. Balnear.* Quanta incuria non curare authoritates horum Heroum, a quibus jus singulare dicitur extraordinarium, veluti ab Alciato *7. parerg. 26.* Viglio *ad princ. Inst. de Inoff. test.* Ant. Fabro 20. *conject.* 9. *Item 16. conject. 11. Item 4. conject. 17.* Donello *ad §. 14. Inst. de Act.* Zasio 1. *Intell. sing. 20.* Ioan. Lud. Bendero *in tract. de Revision. conclus. 26. num. 8.* Vulteio *ad princ. Inst. de Act. num. 38.* Petr. Gregorio *2. Syntagm. 8. num. 10.* Ioan. Godæo *in tractat. de sequestrat. c. 1.* Dion. Gothofredo *ad l. 1. de Act. Rer. Amot. l. 1. §. 2. D. Si ventr. nom. in poss.* ex judicio horum

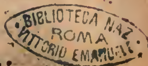
heroum locutus est meus heros, qui sive recte judicant, sive errant, me delectant. Vnum precor, vt tuus juris Magister quoque aut ubivis erraret similiter, aut constantiùs judicaret, quàm solet. Ius singulare non malè appellatur extraordinarium; non econtra omne jus extraordinarium est singulare. Iure *singulari* introducta est actio Rerum Amotarum. Iure *constituto* non est furti actio eo casu, quo illa competit, *l.* 1. *de Act. rer. Amot.* Quæris, *pagin.* 14, *a* ex quo verbo *Dominus ius illud extraordinarium velit tueri, vtrum ex iudicio singulari, an verò ex jure constituto in d. l.* 1. D. *de Rer. Amot.* Habes iam responsionem; aut optionem, ex utro malis. Iure ordinario seu regulari competit actio furti; jure extraordinario, seu singulari, sive novo, introducta est actio rerum Amotarum. Bene hæc dicuntur. Neque te audio, dum ais *d. pagin.* 14. *a.* jus constitutum esse, *quod prudentum autoritas induxit sine vlla juris ratione.* Respectu juris nostri, in quo pro sua parte prudentes representant Legislatorem §. 8. *Inst. de iur. Nat. Gent.* ius prudentum est jus vetus & receptum *l.* 2. §. 5. *d. de orig. jur.* ius constitutum est jus novum *Agell.* 12. *Noct. Att.* 13. Ius speciale, contra rationem juris generalem introductum *l.* 25. *de donat. int. vir. et vx. l.* 20. §. 3. D. *de Statulib. l.* 3. *in fin.* D. *de hered. petit. l. vlt. Ad Reg. Caton. vid.* Do-

Ad Virum Clarissimum, Consultissimum, Doctissimum

CORNELIVM SYLVIVM

I. V. D.

Ac in Nobili, perillustri Batavorum Academia Professorem Ordinarium, Dominum & amicum de proximo amicissimum,



Epistola dedicatoria.

SVrrexit è Silesia, non ita nuper, Gasparus Schifordigerus; qui Disputationum Forensium ad Antonium Fabrum ICtum Sebusianum, conscripsit libros tres: Quorum secundo

tract. I. quæst. VII ad finem usque, *præter meritum, citraq; offensam, Amplissimum & Magnificum virum, D. Marcum à Lyclama in Nyeholt ante sedecim annos in Illustrissimo Ordinum Generalium consessu Hagis-comitis nomine Frisiæ Legatum: postea in florentissima Frisiorum Academia Franekeræ IC tum primarium, hodie in Illustrissimorum Ordinum Generalium consistorio Status Hagis-comitis, consiliarium, per Stellinguerfiam Orientalē Grietmannum, hoc est, Dynasten seu Satrapam, & Almæ Academiæ Franekarensis Curatorem, perstringere, non fuit veritus. Hic*

cum

cum lib. *1.* Memb. *18. Cujacij ICti facilè Principis ſententiam de condictione furtiva, an & quatenus in heredem danda, non ſolum defendendam ſuſcepiſſet, ſed & quàm plurimis, iiſq; non de plebe rationibus ſtabiliviſſet, nec paucis legibus eandem comprobaviſſet; Ille, ſive amore defenſionis Magiſtri ſui, in cujus verba quaſi juraſſe mihi viſus, ſecus ac ingenuum deceat, excitatus; ſive ſtudio contradicendi ſtimulatus, imprimis verò ſi cum hoc noſtro Heroe ac Domino committeretur, certiſsimam inde nominis ſui famam ſe conſequuturum ratus, eum ad pugnam provocavit, ſeque cum illo*

componi, præoptavit. Factum hoc facilius Schifordigero condonari posset, si intra metam boni & Candidi veritatis disquisitoris stetisset: Etenim palma in medio posita est, veritas omnibus ex æquo sese exquirenda offert, ac vicerit, qui eandem eruerit, atque in lucem dederit clarissimè. Nunc autem, cum se calori nimio raptandum dederit, nec non immodestè satis absque fundamento, sine rationibus virum primorem *exceperit, insultaveritq; Occurrendum huic homini duxit Antonius Mercator, ne merito causæ, ipsiq; adeo veritati, istorum hominum provocationibus, atque insultationibus,*

nibus, quicquam detraheretur. Itaque istiusmodi terriculamentis minimè veritus, meritoque causæ, ac veritati confidens, Antonius hic Mercator in Palæstram descendit. Idque eodem, si non meliori, quo ille, jure. Si enim Schifordigero Magistrum suum defensuro, in harenam procedere, licuerit; licere & sibi contendit Mercator Dominum suum in hac causa longè meliorem, exercitatiorem Athletam, suo periculo, defendere. Cæterum cogitanti mihi de patrocinio ac tutela huius operis, cujus directio atque inspectio, tua primitus commendatione ad me pervenit, tu Vir Clarissime Consul-

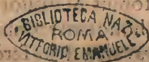
 tissime,

tiſsime, Doctiſsime in mentem veniſti, cui iſthoc ſub nomine Antonij Mercatoris inſcriberẽ. Promeruère namque jam dudum tale quid, amicitiæ vinculum, ac officium tuum, quibus erga Ampliſsimum Dnũ Lyclama, quem hic defendi ſit volupe non minus, tum erga me, ſis affectus: maxime etiam, ut hoc ipſo aliquando ſtimulus tibi addatur, ſpecimina ingenij & eruditionis tuæ, quibus fæliciter & acutè polles, in hac vel Simili palæſtra edendi; ad nominis tui, & Academiæ Nobilis, in qua maſculè ac laudabilitèr munere tuo fungeris, celebriorem famam atque decus. Tu interim

rim vale. E Musæo Lugd. Batav. 5. Septemb. Anno 1616.

Dignit. & Excellentiæ tuæ
Studiosissimus

QVIRINVS A KANCKEBEER
Fris. Orient. SS. LL. Studiosus.



★ 5 AD

Ad Lectorem.


Vit jam pridem Iacobus Cujacius inclytæ recordationis ICtus, neque nescire potes benivole Lector, quanta æmulatio primitus viro crescenti negocium facessere cœperit. Ne alios memorem vnius Roberti memoria duellū exhibet sævum illud & nimis crudele. Robertum cōpescuit Antonius Mercator. Erexit se Cujacius, & honorem retinuit, ad quem semel adspiraverat, ICti ferè principis suo ævo. Fuit quoque Robertus; sed mortuo vtroque surrexit in Sabaudia, qui pileum eminentiæ sibi deberi, igitur eò gloriæ vt veniret, superare Cujacium præsumpserit. Extitere complures, qui conantem tum grandia primitus laudare non dubitarunt: Et recte. Viros suspicimus magna conantes, etiamsi decidunt. Postea intumuit, vt se in pectore continere nequiverit, neve fama defraudaretur. Inter alios ministerio emissarij domestici Dominum

num adortus eſt eâ verborum contumelia, cujus Faber vel ipſo Roberto intemperantior eſſe non dubitavit. Vnde, inquies, iſte motus: Pro Iacobi Cujacij ſententia quâdam inſurrexerat dominus, & verbis neminem mortalium lædentibus, nedum ex Sabaudia vulnerato quopiam, ſententiam contrariam paululùm de loco moverat. hinc offenſio. Quæ neque Dominum moviſſet, ſi eo, quo natu & ſtatu eſt, reſpectu, & non inclementius fuiſſet habitus, quàm genus, dignitas, dona & bona ſolent mereri apud eos, qui iſtis non deſtituuntur. Neque iſta in præſidem injuſtè: fecit alius, cujus factum præſtare non teneatur. Bella feſta: præſidis eſt incivile factum coërcere *l. 5. De extraord. cogn.* ſuum vnicuique honorem, ſi non tribuere, relinquere, non eripere. Domi natum opus eâdem operâ potuerat a convitijs purgare, quâ non negavit epiſtolâ ſuperbâ honeſtatè. Quid ergo? ſive error ſive dolus impoſuerit viro, factum eſt, quod poſtea reddi non potuit infectum. Reſpondit

dominus

Dominus in *Sermone suo forensi*, quid factum vellet, nimirum, generosior ipsus tacere, alius pro ipso donec suam operam impertiretur, exspectare. Neque defuere complures, qui eam exhibuere. Dilata res fuit compositò, vt cognosceretur, quo animo, & an non pacatior futurus esset auctor in *vltima chiliadis parte*. Quippe quem eadē de re resumpturum omnia accuratiùs spes facta erat. Prodijt pars illa: vidit Dominus, cui mox ab amicis exprobatum, vt videret, quo tandem iste sui contemptus procederet, si respondere cunctaretur diutius aut amicum aliquem eodem exēplo rem agere non pateretur, quo emissarium adversus se inventum reminisceretur. Paruit inclinatior aliàs ad pacem animus, sumpto in manus calamo per horas furtivas pro dignitate suę personæ adversus ipsum provocationis auctorē primarium. Inter amicos verò mihi obtigit, vt Schifourdigerum reprimerem, restituto Cujacio in suam sedem. Scio & prævideo ex suspicionibus judicia, quæ futura de meo nomine. Alij

ne. Alij aliquam Promethei manu fictam personam imaginabuntur. Erũt, qui licita Forcatuli arte ab inferis *Antonij Mercatoris* manes defendẽdo Cujacio reductos præsagient. Fortè nec deerunt, qui a Mercatura omninm disciplinarũ, quę in celeberrima hac Leidensi Academia prostat, nomen dabũt, aut commiscentur alia. Quid tum? iudicet opinio hominum pro adfectione, citra injuriam ejus, cui jus & ratio permittunt defendere & defendi. Equidem serius quàm optâram, prodeo: nec tamen ideo me non bonum lusorem dices, qui pilam, vt oportebat, excepi, cum per me mora, quo minus mox remitterem, nõn fuit. In personam scribere ardelionis est. Itaque ab isto vitio vbique procul sum. Vbi vato pede jurisprudentia calcatur, alibi *calor arma ministrat*. Ita oportuit, vt paria facerem. Quinimo si, vt in alijs materijs, ita in hac sese adversarius erga Dominũ gessisset, ea viri humanitas fuisset, vt vel ipse suo responso non indignum eũ iudicasset, qui tãta animositate promptitudinem

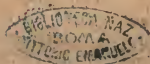
titudinem ingenij non contemnendã ei exhibuisset. amat:

Ingenui vultus iuvenem, ingenuique pudoris:
Quales esse decet, quos ardens purpura vestit.

Non recusat reprehendi liberè: vult honestè pro qualitate suæ personæ. Tãta est veri appetitio præcipuè felicibus ingenijs, vt verum nescire homines ingeniosi pro magno piaculo habeant igitur læsi plerumque se vindicent. Sunt *vt in castris sic etiam in literis nostris plures cultu pagano, quos cinctos, armatos & quidem ardentissimo ingenio* præditos diligentiùs scrutati invenimus. Proinde neminem ab exteriore adspectu licet contemnere. *Faveo seculo, ne sit sterile & effætum, mireque cupio ne Nobiles nostri nihil in domibus suis pulchrum, nisi imagines habeant.* Hac ratione excitat se Dominus, & ejus exemplo si excitet se Schifourdigerus modestiùs erga eum, nullos a mea parte posthac radios exseram mentis malignæ. Sin secus: per me licebit, vt populus eum lapidibus prosequatur, qui hosce limites prior denuò transilierit. Ego quoque

sinum

ſinum meum ſaxis onerabo, vt quicunque cœperit a ſe exire, ſanguinem ei mittam a capite. *Habemus ſeculum virtuti amicum, quo niſi optimus quiſque gloriam parat, hominis eſt culpa, non temporis.* Pro hoc tempore, quæ dixi, opto, præcipuè, Lector benivole, te favere ſalvere plurimum.



Sequentia hæc incuriâ omissa, sic supplenda:

Fol. 81. post lin.9. *odio inductum esse, ideo actionem furti adversus eius heredem non competere, licet aliquid ad eum pervenerit, secus quam in alijs furibus.* Immo tutor quà fur eidem odio subiectus, non minori *iuxt.* §.14. *Instit. de action.* Alia illa, &c.

Emendanda insuper.

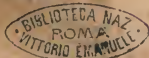
Fol.4. in epist. dedic. lin.11. lege *contendit.* fol. 147. lin. vlt. *partim.* fol. 148.lin.8. *quid iam.* lin. 20. *affecta.* fol. *149.* lin.8. *an non sim.* fol. 157. lin.8. *meramq; & Solam.* fol. 166.lin.*8. alicuius pœnæ.* fol.172. lin.10. *paulò.* fol.176. lin. 6. ab infer. *quàm.* lin.5. *in hisce.* fol. 177. *pro* err.5. *lege* err.4. err.7. *lege* 6. err. 1. *adde* & 2. Cætera minutiora Benevolo lectori committuntur.

Pro Iacobo Cujacio

OPERÆ GRATVITÆ.

Adversus operas

ANTONIO FABRO subsidiarias.



CAP. I.

In condictione furtiva quo sensu res extra pœnam res furtiva contineatur.

INquisitio veri vt omnibus patet, ita ejus defensio omni jure licita est singulis. Proinde & ire mihi licitum, vt opiniones aliquot veras vera juris ratione mæniam, falsas modestè sed dextra premam vindice. Ac quidem prima erit de condictione furtiva, utrum adversus heredem furis in solidum detur. In hoc juris articulo ceu fideliam recens coctam percutere Dominum non dubitavit Gasp. Schitfourdigerus, *libr. 2. Ad Ant. Fabr.* quàm feliciter; non operæ perdita fuerit, singulis ex capitibus maledicta singula non solum recensere sed & censere. Primum ait *in quæst. 7. pagin. 13, a lin.* 43. Dominum, vt ostenderet condictionem furtivam adversus furis heredem dari in id quod pervenit, non in solidum,

moveri ex eo, quod Ulpianus scripserit condictionem furtivam rei persecutionem habere in l. 7. §. 2. de Cond. furt. Lepidum in limine erratum. In Membranis clarè dominus; *primum*, inquit, *& princeps eorum argumentum est*, condictionem hanc rei persecutionem habere, rem ipsam petere, &c. vbi oculi? *eorum* dixit, ecquorum? vtique Antonij Fabri 4. *conject.* 1. Hoc argumentum refutavit Dominus primore loco, tantum ab est, vt hinc argumentum sumpserit. Quod falsò illi adscribere ausus quâ fronte? negas *in condictione furtiva rem contineri cum poena, vel cum delicto d. pagin.* 13. *b.* Rectè: ergo non in solidum adversus heredem datur. Cum ad heredem ex furto defuncti aliquid pervenit, si dominus solidum condicat ex delicto, rem cum pœna condicit. Siquidem, quod ad eum pervenit, sit res; quod verò non pervenit, & ita nihilominus condicitur, sit pœna. Tùm in condictione hac si negas cum delicto rem contineri, negas eam oriri ex delicto, posteaquam omnis actio, quæ ex delicto oriatur, delictum contineat. Aut vide, quemadmodùm colligi possit. Actiones ex contractu vel quasi naturâ suâ habent rei persecutionem, quia rei persequendæ causa comparatæ sunt §. 17. *Inst. de Act.* Actiones ex delicto mistæ, pœnam cum re continent §. 19. *Inst. de Act.* actiones ex delicto merè rei persecutoriæ,

toriæ præter rem nullam pœnam persequuntur, igitur rem solam cum delicto cōtinent *l. 21. §. pen. D. Rer. Amot. l. 2. §. 2. D. de tut. & rat. distrah. l. 3. §. 1. D. de vi & vi arm.* ne, quia sine pœna essent, sine re, quam persequerentur, essent. Sic *continere* est, comprehendere, complecti aliquid cū aliquo *l. si l. 70. §. ult. De v. Sign. l. 3. D. ad l. Iul. pecul.* De re levi, ut videtur, disputatio hæc. Ergo aliqua vt vtilitas hac ex re obseruetur, soleo hinc argumentum petere, vt probem condictionem furtivam esse ex alia causa; non ex delicto vel quasi immediatè dari. Habet namque rei persecutionem *d. l. 7. §. 1.* vt omnes actiones ex contractu vel quasi habent, *fac. l. 7. §. 1. D. depos. l. 35, de obl. & act.* non continet, sicut actiones ex delicto merè rei persecutoriæ *l. 21. §. pen. de Act. rer. Am. l. 3. §. 1. de v. & vi arm.* In actionibus ex contractu vel quasi dubitari nō potest, vtrum rei persecutionem contineant, quam habeant, sed bene, vtrum pœnam aliquam contineant, quam regulariter non habent. *§. non omnes Inst. de perp. & temp. act. l. 1. §. 1. l. 18. depos. §. 19. Inst. de Act.* In actionibus ex delicto propter delictum, quod delinquētem personaliter afficit, dubitari potest, vtrum rei persecutionem contineant, & non in solo delicto aut pœna occupentur. Quid? ait adversarius *extra poenam in condictione ipsam*

rem peti. d. pagin. 13. *lin.* 1. *b.* non quidem id nego, sed inde concludo, condictionem furtivam non posse ex delicto in solidum adversus heredem dari, hoc est, etiam vbi nihil ad eum pervenerit, aut futurum, vt pœna ab herede detur, & pœnalis fiat condictio, quatenus datur in plus, quam ad eum pervenit. Tantum abest, vt Dominus scripserit, in condictione furtiva rem cum pœna contineri, seu quod idem est, condictionem non extra pœnam esse rei persecutoriam, item actorem condictione delictum aut vindictam persequi. Calumniæ sunt. Ne pœnalis fiat condictio, næ ideo laborat Dominus, ne quà ex delicto est, in solidum detur.

CAP. II.

Condictio furtiva an ex sui natura sit rei persecutoria, an jure extraordinario sive singulari.

CONdictio furtiva & actio rerum Amotarum meram rei, quæ abest, persecutionem habent, non ex se & sui natura, sed jure extraordinario & singulari, ita Dom. 1. *Membr.* 18. Quid obgannis Gaspar? hoc scilicet, *libr.* 2. *a.* 7. *pagin.* 13. *b.* quia condictio furtiva *rei recipiendæ nomine adversus furem*

furem inducta sit, ideo ex sui natura eam esse rei persecutoriam. Pudet dicere quàm nulla hæc probatio. Aut ecquid hoc est, si non ideo eam esse rei persecutoriam, quia rei persecutionem contineat? idem per idem iteratur, non explicatur. Quæstio est de rei *sua* persecutione. Magis miror, dum ais, rerum amotarum actionem *non ex sui natura sed arbitrio iudicis rei persecutionem habere*, quasi verò actioni naturam aliquam, quam Lex ei non contulit, iudex datus & privatus posſit conferre. Rei vindicatio, ex se & sui natura, tribuit domino rei suæ persecutionem adversus ejus possessorem. Atenimverò contra naturam omnium condictionum est, actione personali rem *suam* petere. *§. 14. & 15. Inst. de Act.* Sola excipitur condictio furtiva *d. §. 14.* Hæc non vi naturæ condictitiæ, quæ rem debitam persequitur, sed quatenus jus singulare & extraordinarium adſpicis, odio furum, rē suam *d. §. 14. l. ult.* D. *usufr. quemad. cau.* Adversarius vult cōdictionē furtivā ex se & sui natura rei persecutoriā esse. Hoc quis negat eo sensu, quo condictio quævis in genere rem persequitur? loquitur Dominus de persecutione rei *sua*. Similiter furti actio ex se & sui natura nihil, nisi pœnam persequitur, & actio Rerum amotarum in veritate est actio furti, detractâ

pœnâ. Quid enim amovere est aliud, quàm furari *l. 19. de Cond. furt. l. 1. de Act. rer. Amot?* Quod autem alia sit, quam furti actio, neque pœnam sed rem suam persequatur, næ id itidem contra actionis personalis naturam fieri credendum est jure singulari, sive extraordinario *l. 1. de Act. rer. Am.* Quid audio? non admittis jus singulare dici extraordinarium *d. quæst. 7. pagin. 13.* Amabo te, dic rationem, quare? Hic altum siles & sola authoritate tui Fabri te mænis, qui itidem nullo rationis vel legis auxilio utitur. Quæ malùm ista confidentia, non auscultare legibus, quæ clarè hæc duo pro eodem, ferente ita materia, accipi ferunt *l. 10. de v. S. l. 16. de minor. l. 6. de off. proc. l. 5. C. de privil. fisc. l. 178. §. 2. de v. S. l. 2. de furt. Balnear.* Quanta incuria non curare authoritates horum Heroum, à quibus jus singulare dicitur extraordinarium, veluti ab Alciato *7. parerg. 26.* Viglio *ad princ. Inst. de Inoff. test.* Ant. Fabro 20. *conject.* 9. *Item* 16. *conject.* 11. *Item* 4. *conject.* 17. Donello *ad §. 14. Inst. de Act.* Zasio 1. *Intell. sing.* 20. Ioan. Lud. Bendero *in tract. de Revision. conclus.* 26. *num.* 8. Vulteio *ad princ. Inst. de Act. num.* 38. Petr. Gregorio 2. *Syntagm.* 8. *num.* 10. Ioan. Godæo *in tractat. de sequestrat. c.* 1. Dion. Gothofredo *ad l. 1. de Act. Rer. Amot. l. 1. §. 2. D. Si ventr. nom. in poss.* ex judicio horum

h eroum

heroum locutus est meus heros, qui sive recte judicant, sive errant, me delectant. Vnum precor, vt tuus juris Magister quoque aut ubivis erraret similiter, aut constantiùs judicaret, quàm solet. Ius singulare non malè appellatur extraordinarium; non econtra omne jus extraordinarium est singulare. Iure *singulari* introducta est actio Rerum Amotarum. Iure *constituto* non est furti actio eo casu, quo illa competit, *l.* 1. *de Act. rer. Amot.* Quæris, *pagin.* 14, *a* ex quo verbo *Dominus ius illud extraordinarium velit tueri, vtrum ex iudicio singulari, an verò ex jure constituto in d. l.* 1. D. *de Rer. Amot.* Habes iam responsionem; aut optionem, ex utro malis. Iure ordinario seu regulari competit actio furti; jure extraordinario, seu singulari, sive novo, introducta est actio rerum Amotarum. Bene hæc dicuntur. Neque te audio, dum ais *d. pagin.* 14. *a.* jus constitutum esse, *quod prudentum autoritas induxit sine vlla juris ratione.* Respectu juris nostri, in quo pro sua parte prudentes representant Legislatorem §. 8. *Inst. de iur. Nat. Gent.* ius prudentum est jus vetus & receptum *l.* 2. §. 5. *d. de orig. jur.* ius constitutum est jus novum *Agell.* 12. *Noct. Att.* 13. Ius speciale, contra rationem juris generalem introductum *l.* 25. *de donat. int. vir. et vx. l.* 20. §. 3. D. *de Statulib. l.* 3. *in fin.* D. *de hered. petit. l. vlt. Ad Reg. Caton. vid.* Do-

mini 1. *Membrã*, 8. nõ, prout Schiforde geri judicium, sine vlla juris ratione. Ius quod sine vlla juris ratione est, non est jus. Ius prudentũ semper rationabile est non solũ, sed & ratio ejus passim coruscat *l.* 2. §. 5. *De orig. jur.* Ius verò *constitutũ* semper quidem rationabile est, non ratio ejus coruscat semper, hoc est, non tam clarè cernitur, vt à quovis cernatur *fac. l.* 20. D. *de legib.*

CAP. III.

Condictio furtiva quando pœnalis, & non sine infamia.

Condictionem furtivam esse aut fore pœnalem in eum eventum, si de eo tantùm detur, adversus heredem ex delicto defuncti, quatenus ad eum pervenit, in scriptis Domini extat nuspiam. Bene è contra si condictio furtiva ex delicto oriatur & in solidum adversus heredẽ nihilominus competat, esse, cur pœnalis sit, cur etiam infamiam irroget. Hæc mordet adversarius *d. quæst.* 7. *libr.* 2. *pagin.* 14. *b.* quæ, si dicere licet, non intellexit. Ex delicto dari condictionem adversus heredem in solidum, hoc est, etiam vbi nihil ad eum ex furto defuncti pervenerit, pœnale est *vid. Domin.* 1. *horar. furt.* 14. In cõdictionibus, quæ ex delicto pendent, cessat ignominia *l.* 36. *de obl. & Act.* Condictio furtiva

furtiva si ex delicto in solidū adversus heredem competeret, non penderet ex delicto, sed eodem jure regeretur, quo quævis actio ex delicto, licet meræ rei persecutoria, regitur, & per consequens infamiæ expers non esset, quoniam ex mero tunc furto esset. Quid? ais *d. pagin.* 14 *b.* sæpius inculcasse te, *furtivam & rerum amotarum actionem, etsi ex delicto oriatur, non tamen delictum sed rē ipsam persequi.* Atqui edissere mi Schifourdigere, cui bono hæc inculcatio? Qui persequitur tuo judicio delictum, vlciscitur delictum. Qui rem persequitur, an rem vlciscatur? rei subjectæ inserviendum est, & juxta eam, verbi proprietas exigenda. Sempronius instituēdo actionem furti, ex sententia tua delictum persequitur, quia pœnam persequitur. Rectè, vlciscitur delictum persecutione pœnæ. Sempronius cōdictionem furtivam instituendo adversus furis heredem, rem, tuo judicio, persequitur, non delictum. Adesdum & da colorem, cur dum rem persequitur, non eo ipso vlciscatur quoque delictum, eo casu, quo nihil ad heredem ex defuncti delicto pervenit? Aut vndè hæc loquendi insolentia? *delictum persequi*, privati non vlciscuntur delictum, sed magistratus *l. 1. §. 2. d. de obseq. part. & patr.* Actio est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur. Delictum non debetur. Ergo ne quidem in

actionibus merè pœnalibus delictum quis propriè persequitur, sed pœnam *l. 33. de obl. & Act.* quæ vi delicti debetur. Imputas impudenter hunc loquendi modum; qui apud Dominum non extat. Cæterum ais *d. pagin. 14.* probasse te, *nullam infamiam in furtiva & rerum amotarum condictione versari, nullam, ne facti quidem d. libr. 2: c. 1.* vt & illud docuisse, nulla ex parte eam pœnalem esse. Quod ad prius attinet, si hoc probare est, quod tentasti, non intelligo, quid sit probare. Ais *ne quidem infamiam facti venire in condictione furtiva, etsi ex delicto sit & in solidum adversus heredem detur.* Provoco ad virum cetera honestum, cui condictionem furtivam intentari contingat. Quid censebimus, si cōdēnetur, sine pudore illū fore? si honestus est, rubebit etsi insons, adeoque ne qualis qualis notę relinquatur nota, purgabit se viriliter. Actio furti atrocitatem facinoris in se habet & atrocissimè exprimit. Ecquid enim atrocius ferè excogitari queat, quàm vti hac Formula. *aio te mihi dare oportere duplum aut quadruplum ex furto illo manifesto vel non manifesto illo, &c.* Condictio verò furtiva atrocitatem facinoris non adspicit, sed rei recuperationem procurat, si ex delicto cōdictio furtiva descendat, hac aut simili forma. *aio te mihi dare oportere meam rem illam ex illo furto.* Iam autem sicuti non poterit Præses efficere, vt

furti

furti damnatum nó sequatur infamia *l.63. de furt.* Ita, quæ Domini opinio est, moderata atrocis facinoris mentio in conditione furtiva, veluti furti, ex quo nascatur, notæ alicujus aliqua nota est *fac. l. 1. §. 3. §. 43. de v. & vi armat. l.2. l.5. in fin.* D.*de obseq. par. & patr. vid. d. c. 18. libr. 1 Membran.* Marquard Freher. *in tract. de Infam. libr. 3. c. 10.* Doces porro docuisse te conditionem furtivam nulla ex parte pœnalem esse *d. pagin. 14.* probatio talis, qualis doctrina. Quamvis iterum protestari possim, tale aliquid apud Dominum non extare, nisi eo sensu, quo iam ante hoc sæpius explicatum. Conditio furtiva est satis pœnalis, quòd contra naturam juris ordinarij, fures cogantur domino dare, quod domini est, *d. c. 18. in membr.* sed enim satis pœnalem eam appellat Dominus, intelligens pœnam vllam in ea non versari; intelligens verè pœnalem eam fore, quæ ex delicto detur, si adversus heredem in solidum detur.

CAP. IV.

Condictionem furtivam loco alicujus pœnæ alio adhuc sensu videri introductam.

POenalis actio propriè quidem illa est, qua actor extra rem, quæ sibi abest, emolu-

molumentum aliquod persequitur; quod voluntate legislatoris, exercendæ disciplinæ publicæ, pœna sit & appelletur, vt quadruplum vel duplum in actione furti, triplum in vi bonorum raptorum actione. Impropriè pœnalis est illa quoque actio, quæ vtut rei persecutoria tota sit, pœnæ alicujus causa & nomine prodita est, ex maleficio adversus reum, vt quo promptius, eò durius eius iniquitati obviam eatur, *fac. l. vlt. §. 1. D. Quæ in fraud. cred. l. 9. & 10 D de reb. auth. iud. poss. vid.* Cujac. 24. *obs.* 17. Hilliger. 21. *Donell. en. cap.* 2. Sanè hoc sensu, vt in officio contineamur, actione coërcemur *l. 24. §. 5. D. solut. matrim.* Hoc sensu pœnam patitur, cujus adversarius in possessionem mittitur *l. 19. D. de in ius voc. l. 4. §. i. D. ne vis fiat ei* item, eujus contractus irritatur *l. 52. D. de contrah. empt.* cui a socio aliquid consequi inhibetur *l. 9. de noxal. act.* qui amittit possessionem *l. 20. in fin. de interr. in iur. fac.* qui denique pœnæ loco cautionis jure cadit *l. 69. de R. vindic.* Atque hæc & similia vix adsecutus es Schifourdigere, vt tamen probes, ne quidem pœnæ loco condictionem videri inventam, *ais d. quæst. 7. libr. 2. pagin. 14. b.* odio furum ita comparatum, *vt extra poenam rei*

reci-

recipiendæ fures teneantur cõdictione furtiva: igitur nec poenæ loco habendum, quod pluribus actionibus etiam contrarijs fur teneatur. Respondeo, quod odio furum ita comparatum agnoscis, oportere te poenæ loco id constitutum agnoscere; aut examina tuam hanc probationem. Dupli vel quadrupli præstatio, est poena furti. Extra hanc poenam, rei recipiendæ nomine fures condictione furtiva tenentur, *iuxt. §. 14. & 15. Inst. de Act.* non extra vllam aliam exteriorem poenæ considerationem, qualis jam relata non una species. Immo igitur admissa tua probatione, rectè dicimus, quia fures condictione, vt pluribus ijsque contrarijs actionibus teneantur, odio furum fieri, hoc est poenæ alicujus loco. Quid? ais *d. quæst. 7. in fin. d. pagin. 14. b.* furem luere *satis magnam poenam in duplo aut quadruplo, condictionem vero furtivam extra poenam illam odio furum non esse introductam.* Quibus verbis alapam impingis Imperatori, qui disertis verbis, in odio isto condictionem istam fundarit *in d. §. 14. & 15. Inst de Act.* Ejusdem argutiæ est, *odio furum adscribi debere æstimationem quanti plurimi, quam fur præstet pagin. 15. a quæst. 8.* Ecqua licẽtia? vlpianum sequor, qui moræ eam imputarit *l. 8. §. 1. de Condict. furt.* Aliud est mora, aliud est illud

odium.

odium, ex quo legislatori placita condictio rei suæ *iuxt. d. §.14. Inst. de Act.* apage iterum cum ista recitatione, *Fur extra poenam furti, tenetur condictione iuxt. d. §. 14. ergo nihil extra illam poenam patitur poena loco.* Immo extra illam pœnam condictione tenetur, & hoc dum odio furum fit, ad eorum coërcitionem fit; coërcitio non ipsa pœna sed propè pœnam est *fac. l. 67, de furt.* Nec alio sensu sensit Dominus, quicquid hac de re sensit.

CAP. V.

De Aestimatione, quanti vnquam plurimi in condictione furtiva: an & quando sit pœna, vel pro pœna.

ADversarius cum pompa probaturus, in cōdictione furtiva æstimationem *quanti plurimi* nullo modo pœnæ locum obtinere, ait, id inde probari, *quòd æstimatio quanti plurimi ita in ea ineatur, vt duntaxat in æstimationem veniat, quanti plurimi vnquam res surrepta fuit a die litis contestata in id vsque tempus, quo res restituatur sive ante sive post condemnationem ex l. 2. §. 3. D. de privat. delict.* vid. *d. quæst. 8. pagin. 15. b.* Lepida probatio, quoniam erronea. Quid? omnia ista in *d. l. 2. §. 3.* repetiri falsissimum. Dicere Schifourdigere debuisti (non voluisti, quia nescivisti)

sciviſti) ad reſtitutionem vſque ante ſententiam *§. vlt. Inſt. de perp. & temp. act.* aut a die litis cõteſtatæ ad ſentẽtiam vſque *fac. l. 3. §. 1. De vſur.* poſteaquam in poteſtate ſit actoris judicatum exigere, nec pertineat ad officium judicis, poſt cõdemnationem, futuri temporis tractatus *l. 1. §. 2. De vſur.* Ex falſis nihil probatur. Quod ipſum animadvertens conſentis *d. pagin. 15. col. 6.* in cõdictione furtiva *rem ablatam æſtimari nonnunquam pluris, quàm fuerit tempore admiſsi furti, ſed aliquando longè minoris. Igitur non poenalem fore, niſi eo demum caſu, quo res litis conteſtatæ tempore in id vſque tempus, quo reſtituatur, pluris fuerit, quàm tempore admiſsi furti.* Sententia, quæ ſi bona eſſet, jam nihil reſtaret, quo minus condictio manifeſtiſsimè eſſet pœnalis, & in ſolidum nullo modo tranſiret, *iuxt. §. 9. Inſt. De Leg. Aquil.* Sed erras; æſtimatio in condictione furtiva, Lite conteſtata ad ſententiam vſque, relata ad tempus, quo plurimi fuerit, quoniam & eo ipſo in tempore furtum fur faciat, non eſt pœna, præterquam, ſi res ſurrepta eo tempore extaret, dominus poſſet condicendo eam auferre, eoque modo æſtimationem, quæ tunc eſt, facta venditione, conſequi. Ais *d. pagin. 15. b.* nullibi ſcriptum; *eum qui condictione furtiva æſtimationem plurimi perſequitur videri poenam perſequi.* Rectè: nec in fure nec in herede id ſcrip-

ſcriptum, ſed ſi ex delicto eſſet condictio, & in ſolidum adverſus heredem competeret, eo caſu, quo ad heredem ex delicto defuncti nihil pervenerit, fieri non poſſet, vt non eſſet poenalis. Iſta adhuc Domini ſententia eſt, nec mutat, *vid. eum lib 2. Horar. furt.* Tantum abeſt, vt dixerit, (quod falsò illi iterum adſcribis) fieri poſſe, vt in condictione furtiva res pluris, quam quanti revera eſt, æſtimetur. Si ex delicto eſſet, & in ſolidum adverſus heredem daretur, poſſet eo caſu, quo nihil ad eum pervenit, majoris æſtimationis fieri aliquando, & nihilominus rectè quanti revera ſit, juxta id tempus, æſtimari, licet in plus, quàm vnquam fuerat ante furtum a fure factum. Inde dixit poenalem fore hoc caſu cōdictionem, *iuxt. expr. text. in d. §. 9. Inſt. De leg. Aquil.* ſi in ſolidum ex delicto adverſus heredem non denegaretur. Quis neget? Levia ſunt hæc, ſequuntur grandiora. Ait *in condictione furtiva contumaciam furis non reſtituentis aſtimari vltra verum pretium l. 1. D. de in lit. jur. quoniam fur, qui rem primo invito Domino contrectavit, ſemper in reſtituenda ea quam nec debuit auferre, moram facere videatur l. fin. d. de cond. furt.* Quid enim; in condictione furtiva id ſi verum eſſet, manifeſtiſsimè poenalis eſſet. Verumenim vero contra jus iſta enuntiari nemini ignotum eſt. Alia ſiquidem eſt æſtimatio, quæ facta in litē jurandi

rañdi poteſtate contra contumacem conceditur *iuxt. d. l.* 1. In condictione furtiva, re non extante, nihil æſtimatur vltra verum valorem rei, *l.* 8. *de cond. furt.* ergo nulla contumacia. Sin res extat, res repetitur, nihil vltra præter ejus acceſsionem *l.* 3. *de cond. furt.* Ait *d. pagin.* 16. *a*, nullam poenam *in eo, quod res pluris eſt, conſiderari poſſe quippe cum ſi res ſurrepta nunc extaret, Dominus poſſet condicendo eam auferre. Sin verò non extat, durare nihilominus condictionem æſtimationis, quæ licet eo tempore, quo agitur pluris ſit, quam tempore furti commiſsi, tamen cum in locum rei ſuccedat, non pluris rem tum dici poſſe, quãdo ſi nunc extaret, eodem pretio æſtimaretur.* Reſpõdeo, furem dum vivit & non reſtituit, quia ſemper & omni momento furtum continuat, etiam tũc, cum pluris res eſſe cœperit, quàm fuit admiſsi furti tempore, non plus præſtare, quàm quanti res eſt, hoc eſt, verum rei pretium *l* 9. *de in lit. jur.* Sed heredem ejus, ad quem nihil ex furto defuncti pervenerit, ſi æſtimationem præſtare teneretur, quanti vnquam plurimi fuerit res ablata à tẽpore litis conteſtatæ ad ſententiam vſque, meram pœnam luiturum, ſed eo præſuppoſito, quod condictio detur ex delicto. In actione ex cõtractu vel quaſi alia Domini ſentẽtia eſt. Ait Schifourdigerus *d. pag.* 16. *a*, in actione *legis Aquiliæ nõ fieri ſolius rei æſtimationem ſed haberi æſtimationem damni quod datum*

 eſt

est per l. 21. in princ. D. *Ad l. Aquil. eaque ratione in actione legis Aquiliæ, extra rem persequi æstimationẽ, quanti plurimi eo in anno fuerit, plane esse poenam persequi.* Error duplex. Etenim æstimatio, sicuti in l. Aquilia rei, & ejus quod interfuit, pretium continet *d. l. 21. §. illud*, ita idem fit in condictione *l. 3. l. 8. de cond. furt.* Ad hæc, vel tuo judicio, propter hanc rationem, pœnalis non est, & rectè: ergo nec illa. Vera & vnica ratio, quare actio legis Aquiliæ sit pœnalis, extat *in §. 9. Inst. de leg. Aquil.* Ais *d. pagin. 16. a.* Imperatorem, *dum adserit actionem legis Aquiliæ propterea poenalem esse, quod in ea aliquando res pluris æstimetur § . 9. Inst de leg. Aquil. significanter exprimere actionem legis Aquiliæ non in vniversum poenalem esse, sed partim & rei persecutoriam iuxt. §. 19. Inst. de Act.* Laberis significanter. Nam Imp. ratione ista vtitur *in d. §. 9.* non vt mistam esse actionem inde ostenderet, sed vt intelligeremus, quoniam in ea non solum tanti quisque obligetur, quantum damni dederit, sed aliquando longe pluris, eam propterea esse pœnalem, propterea cõtra heredes nõ dari *iuxt. d. §. 9.* Negas *d. pagin. 16. b.* actoris respectu *magis quàm Rei condictionem furtivam inter actiones, quibus rem solam persequimur, referri in §. 14. Inst. de Act.* obloqueris imprudenter tuo juris Magistro, dum actoris favore, & rei odio, eam introductam alibi defendit.

Ac ita eſt, actor conditionem inſtituens, nullam pœnam petit, reus rem reddendo, nullam pœnam ſoluit. Quid ergo? Quod fur odio furum conditionē teneatur, pœnæ vice eſt. Et hoc adhuc ſentit Dominus, non vt intret naturam conditionis iſta quaſi pœnæ figura, ſed quia legiſlatorem moverit, vt conditionem ceteris actionibus adiecerit *iuxt. d.* §. 14. Ais conditionem furtivam, *ne ex parte quidem Rei poenam continere, vtut aliquando longe pluris res æſtimetur d. pagin.* 16. *b.* Fluctuas æquore toto: in conditione furtiva nunquam res pluris, quàm revera eſt, æſtimatur *l.* 8. *de cond. furt.* Ais *d. pagin.* 16. *b.* Dominum, vt probaret conditionem furtivam a parte Rei pœnalem eſſe, id probare voluiſſe *ex l.* 5. D. *Ne quis eum.* Nugæ. Hæc ſunt Domini verba 1. *Membr.* 18. vbi nihil vel ſine effectu vel cum effectu ad heredem pervenire potuit, hoc eſt, ſi nulla in re locupletior ex furto ad eum hereditas veneri t *arg. l.* 26. D. *de dol.* nihil fore, quod ab herede condiceretur, quàm æſtimationem illam quanti plurimi *l.* 8. §. 1. *de cond. furt.* eam fore reſpectu Rei in conditione pœnam, ſi conditio ex delicto datur, multò iuſtiùs, quàm ſimplex æſtimatio a parte Rei poena eſt in *d. l.* 5. *Ne quis eum.* Idque veriſsimũ eſt, vt ſolidè Deo faciente oſtendet Dominus *l.* 2. *horar. furt.* Negas *d. pagin.* 16. *b.* æſtimationem actoris

poenæ loco adſcribi in d. l. 5. negas *d. l.* 5. vllum bonum ſenſum habere. Itane? actor accipit *in d. l.* 5. ex taxatione ſua, quod ſua intereſt, & ſic reſpectu ſui, nullam pœnam: Reus verò ſoluit meram pœnam, quia nihil debebat extra merum delictũ, ex quo pœnam reſpectu ſui debebat. Hæc bonum habent ſenſum, bone Schifourdigere. Laudo ingenium, & profeciſti feliciter, ſed nõdũ, corrigendo vlpiano, vt author eſſe poſsis.

CAP. VI.

Condictio furtiva datur adverſus heredẽ, & quidem eo etiam caſu, quum non poßidet, non tamen inde probari poſſe in ſolidũ adverſus heredem eam competere.

STudeamus, ſunt qui audiunt, ſunt qui legũt. Nos modò dignum aliquid auribus, dignum chartis laboremus. Mõſtrum opinionis domare inſtituit Schifourdigerus, *pagin.* 17. *a quæſt.* 9. Quid audio? pro monſtro eſt huic juveni, adſerere, *condictionem furtivam non dari adverſus heredem furis in ſolidum*, ſi ex delicto datur. Non movetur Dominus. Secuti ſunt *hoc* opinionis *monſtrum* Cuiacius 7. *obſ.* 37. Petr. Faber *ad l* 38. *de regur.* 1. Gothofredus *ad l.* 21. *§. pen.* D. *de act. rer. am.* Vulteius *ad tit. Inſt. de act. item* 2. *Iuriſp.* 6. Chriſtoph. Sturcius *ad l.* 44. *de Reg.*

iur.

iur. tum multi alij. Iſtis Heroibus inſultaret vt hic juvenis adduci potuit. Vtile, & ex voto *Fabri* ſubſidiarium inſtrumentum. Cōdictio furtiva adverſus furem heredemve eius, licet nō poſsideat, competit *§ vlt. Inſt. de obl. ex del.* hinc infert *pag. 7. quæſt. 9.* in heredem furis eam dari in ſolidum. Conſequentia falſiſsima, in eum, qui vi aliquem deiecit, agi poteſt, etiamſi non poſſideat *l. 7. l. 15. D. de vi & vi arm.* abſit vt inde concludatur, ergo heres ejus in ſolidum tenetur. Tenetur vtique non in amplius, quàm ad eum pervenit *l. 9. l. 3. in princ. & in fin. d. tit.* Is, qui metum admiſit, jubetur rem reſtituere, etiamſi nō ab eo poſsideatur, ſed ad alium pervenerit, *l. 14. §. 5. verſic. pedius D. Quod met cauſ.* non tamen heres ejus propterea in ſolidū tenetur *l. 16. §. 2. d. tit.* Mulier rerum amotarum judicio cum tenetur quas non poſsidet *iuxt. l. 19. d. de Act. rer. Amot.* non propterea in ſolidum tenetur *l. vltim. C. Rer. Amot.* plane vt nihil fragilius ſit hoc argumento. Addit porro *d. quæſtion. 9. pagin. 17. a.* prudentes cum loquuntur de pœnalibus actionibus, quibus heredes non teneantur, frequenter addere exceptionem, *niſi heredes inde facti fuerint locupletiores, non cum ſtatuunt actionem aliquam ſimpliciter adverſus heredem competere, ſicuti loquitur Imp. de* condictione furtiva *in §. vltim. Inſt. de oblig. ex delict.* Quaſi verò cum con-



dictio contra heredem furis datur, nō præsupponendi sint termini habiles. Si condictio ex alia causa quàm delicti datur, in solidum adversus heredes competit. Sin ex delicto: fieri non potest, vt non aut excipi debeat condictio, aut secundum regulam juris communis regulari, vtpote quod dictet passim actiones quæ ex delicto dātur, non vltra dari adversus heredem, quàm ad eum pervenerit *l. vnic.* C. *ex delict. defunct.* Ait *d. pagin.* 17. *a quæst.* 9. in id quod pervenit, *etiam furti actionem competere, proinde vt aliqua differentia inter actionem furti & condictionē constituatur, debere ita constitui vt condictio furtiva in solidum adversus heredem detur, actio furti in id quod pervenit.* Miseret me iurisprudētiæ, in tanta luce, tam intolerabilem errorem vel ab hoc iuvene non agnosci. Agnosco fermentum Magistri; quo vescatur, quamdiu volet. Actio furti merè poenalis est, & adversus heredem prorsus non competit, *vid. Domin.* 1. *horar. furt.* 12. Ait Schifourdigerus *d. pag.* 17. *quæst.* 9. nunquam condictione alium teneri, quam qui fecit furtum, aut heredem eius. *Hic exclamat, quid sibi velint verba illa,* heres eius, *si non adversus heredem condictio in solidum transeat.* O argumentatorem: heres tenetur actione doli *l.* 28. D. *de dol. mal.* item actio in factum ex vi adversus heredem competit *l.* 3. §. 1. D. *de vi & vi arm.* Ergo in solidum. Iurisprudentia

dentia non necessaria. Heres tenetur, præsuppositis in quovis actionis genere terminis, vt loquũtur, habilibus. Adhuc pergis, & prudentes cũ sæpe profiteantur cõdictionem furtivam in heredem dari, nec hoc restringant addita limitatione, quatenus ad eos pervenit, inde ais *d. pagin.* 17. firmissimum *sumi argumentum non aliter hanc condictionem adversus furis heredes quam in solidum competere*. Quasi verò ita concludere liceat: actio illa & illa ex delicto est, & in heredes datur, ergo in solidum datur. Non non Schifourdigere. Actio de dolo adversus heredem datur *l.* 13. *de dol.* actio rerum Amotarũ adversus heredẽ datur *l.* 6. §. 3. D. *de Act. rer. Amot.* Actio, *quæ in fraudem creditorum* adversus heredem datur *l.* 10. §. 25. D. *Quæ in fraud. cred.* Actio in factũ de vi & vi armata, adversus heredes datur *d. l.* 3. §. 1. *de vi & vi arm.* actio tributoria in heredes datur *l.* 4. *in fin. de exerc. act. l.* 15. *de instit. act.* Non tamen vltra id quod pervenit, adversus heredem datur actio de dolo *l.* 26. D. *de dol.* actio Rerum Amotarum *l. vlt. C. Rer. Amot.* Actio, quæ in fraudem creditorum *l.* 11. *l.* 10. § . 24. *Quæ in fraud. cred.* actio in factum de vi & vi armata *l.* 3. *in princ. &* §. *vlt.* actio denique tributoria *l.* 7. *in fin. de Act. Tribut.*

CAP. VII.

Probari non ex l. 1. D. *de privat. del. non ex l. 2. de condict. furt. nō denique ex l. 2. in fin.* D. *vi. bon. raptor. quod cōdictio furtiva adversus heredem furis in solidum competat.*

ADversarius probaturus condictionē furtivam adversus heredem in solidū dari, arma probationis rapit *ex l.* 1. D. *de privat. del.* Quid ita? quamvis furti actione non teneantur heredes, quia tamen actio ad exhibēdum, rei vindicatio, & condictio adversus eos cōpetāt *iuxt. d. l.* 1. inde infert *nullo cresphyge suppleri hoc posse, si quid ad eos pervenerit, posteaquam ICtus, quod in actione furti negat, hoc in condictione furtiva concedat.* Hæc extant *d. quæst. 9. pagin.* 17. in quibus manifesto fuco vtitur, si non falsitate. Vlpianus *in d. l.* 1. negat furis heredes actione furti teneri. Ait eos teneri ad exhibendum, si possideant, vt & rei vindicatione, re exhibita, item condictione. An verò non similiter re exhibita, aut si eam possideant? saltem aliud ex *d. l.* 1. non probatur. Item condictione furtiva infantes & furiosi obligantur, si heredes necessarij extiterint *l. 2. de cond. furt.* inde infert *d. pag.* 17. condictionem furtivam *adeò valde in heredes transire, vt quem alias non obliget, eadem*

incipiat

incipit illa teneri, qui heres furis factus intelligatur. Verba; nulla probatio. Quæstio est, non an heres necessarius conditione teneatur, sed vtrum in solidum teneatur. Nego furiosos & infantes, etiã vbi necessarij heredes extiterint, condictione teneri, vbi nihil ex defuncti delicto ad eos pervenerit. Re obligantur l. 46. *de obligat. & Act.* in materia quasi contractuum; ex delictis defunctorum si in solidum obligarentur, heredes profectò forent miserè necessarij. Præterea probare satagit *d. pagin.* 17. condictionem furtivam *adversus furis heredem in solidum* competere *ex l. 2. §. fin.* D. *vi bon. rapt.* credo, non inspecto textu. Quippe qui evidentissime contrarium decidit *vid. d. l. 2. §. fin.* præclarè Petr. Faber *ad l. 38. in fin. de Reg. jur. interdum*, inquit, *id, quod pervenit, condictione consequimur ab ejus herede, qui delictum admisit l. 7. §. vltim. de cond. furt. l. 2. §. vlt.* D. *vi bonor. Rapt.* Similiter erras *d. pagin.* 17, vbi doces *actionem vi bonorum raptorum in heredes raptoris competere, quatenus ad eos pervenit*. Immo expressissimo textui obloqueris *in d. l. 2. §. vltim.* Idem scio in mentem venisse alibi Magistro tuo 4. *coniect.* 1. Salva res est: mutavit 76. *dec. err.* 7. *item* 77. *dec.* 2. cujus exemplũ rogo te, vt sequare. Deinde condictionem furtivam esse pleniorem actione vi bonorum raptorum inde probas, *quod vi bonorum*

raptorum agere possint omnes, quorum ex quacunque causa interest: condicere verò nemo possit, nisi qui rei Dominium ad se pertinere probaverit, quæ Dominii probatio plerumque difficillima esse solet. In quo articulo, Magistro duce, laberis iterum gravissimè. Quid? hæc ratio si attenderetur, plenior esset actio vi bonorum raptorum, vtpote, in qua & triplum & res rapta præstatur. Angustiores limites habet condictio. Tum vtique illa actio, in qua probandum dominium, angustior sit necesse est, quàm qua agere possunt omnes, quorum ex quacunque causa interest. At ejusmodi est condictio, hujuscemodi est actio vi bonorum raptorum. Ergo hæc plenior, non condictio, vt tu falsò opinaris.

CAP. VIII.

DE *Mora: per eam non perpetuari condictionem furtivam, qua actio ex delicto est, adversus heredem furis in solidum.*

SCio moræ effectum esse, vt obligationē perpetuet non tantum debitoris, sed etjam heredum, licet res perempta sit. Inde infert adversarius *libr.* 2. *quæst.* 10. *pagin.* 18. heredem furis, *licet nihil ad eum pervenerit, nihilominus condictione furtiva in solidum teneri.* Quòd si ex quasi contractu condictio furtiva descendat, non ex delicto, largior, & jam

jam id largitus erat Dominus. Etenim eò ſpectāt *l.24.in fin.D.de vſur l.91.§.4.de V. obl.l.58.in fin.D.de fideiuſſ.* Obligationes autem, ex delicto quæ deſcendunt, intercedente delinquentis mora, adeò perpetuas effici in perſonis heredū, vt adverſus eos in ſolidum dentur, negavit Dominus, & pars victoriæ eſt, nihil hîc in contrarium te probaſſe. Ais *d.p.18.* oblationē *rei ablatæ impedire nō poſſe, quò minùs condictio furtiva in heredes detur in ſolidū,* hoc eſt, *re etiam perempta.* Quid dicam? Iuſcitia intolerabilis; rationi namque & juri ſcripto obloqueris *l. 8. de cond. furt.* Oblatio ante rem peremptam efficit, vt purgetur mora *d. l. 8. l. 17. d. tit.* Quanto magis impediet, ne, re perempta, in ſolidū detur. Ais, per oblationem *rem alioquin cōdicendam eſſe reſtitutam, ideo nullam ſupereſſe cōdictionem. immo heredem, qui obtulit, eo ipſo reſtituiſſe eam rem, ad quam reſtituendam alioquin conveniretur.* Hæc extant *d. quæſt. 10. pagin.* 18. Mera infantia: *per oblationem rei condicendæ fieri reſtitutionem.* Ita ne? per verbalem oblationem, etiam ſi Dominus recipere recuſet? Quaſi verò non aliud ſit offerre rem, aliud reſtituere. Per rei furtivæ reſtitutionem plenè tollitur condictio. Per oblationem purgatur tantùm mora. Hæc quidem id operatur, vt ſi res furtiva poſtea perierit, extinguatur condictio *juxt. d. l. 8. d. l. 17.* non certè vt oblatio ſit, aut habea-

tur

tur pro ipſius rei reſtitutione, cum ipſa res adhuc extat. Præclarè tuus Magiſter *in cod. Fabrian. tit. de Act. empt. defin.* 15. *oblatio*, inquit, *ſufficit ad impediendam moram, ſed non ad obligationem tollendam*. Ergo, ſi poſt factam a fure oblationem, & recuſatam a domino receptionem, poſtea dominus, mutata ſententia, rem ablatā adhuc extantem repetere deſideret, actio ei ad exhibendum, aut rei vindicatio, aut condictio, adverſus furem aut ejus heredem, eo mortuo, non denegabitur. *Fact. l.* 7. *in fin.* D. *de vſur. l.* 44. *de Acq. rer. dom.* Si placet, pergamus; ais *d. pagin.* 18. vnam eandemque *rationem continuandæ moræ tam in perſona furis, quàm ejus heredis intercedere*. Si ita eſt, Schifourdigere; non ex delicto detur condictio, neceſſe eſt; obligationem ex delicto mora non magis continuare poteſt, quàm delictum. Converte te, vt te videam, hoc nunquam evertes. Ais *d. pagin.* 18. *b.* moram illam, quæ ex furto evenit, *vna cum hereditate furis in heredem tranſfundi, nec tam novam moram fieri, quàm eandem continuari*. Reſpondeo de obligationibus ex cōtractu vel quaſi, bene id dici; de obligationibus ex delicto non item. Furtum in heredem tranſfundi qui autumant, peccant. Ita peccas, qui moram furis in heredem tranſfundi autumas. Vbicunque furtum, ibi hæc mora eſt, & econtra, cum ex delicto

cto agitur. Vnde eo ſenſu morator & fur aequiparantur *l. 83. §. 7. 16.* Goth. D. *de v. obl.* Tum hæc mora facti eſt *l. 33.* D. *de vſur.* quæ facti ſunt, non peræquè in heredes tranſeunt *l. 23.* D. *de Acq. poſſ.* Ais *d. pagin. 18.* vt quis in mora ex cauſa furtiva conſtituatur, *nulla opus eſſe petitione.* Reſpondeo, vt fur in mora conſtituatur, non opus eſſe petitione. Sin bona fide rem furtivam, neſcius eam non eſſe hereditariam apprehenderit, priuſquam in furis mora conſtituatur, opus eſſe conſcia contrectatione. Ais *d. pagin. 18.* heredem *non in eo moram facere aut continuare, quod res furtiva in hereditate fuerit reperta, ſed quod eam non reſtituat.* Rectè non dixit Dominus moram ex eo contrahi, quòd res furtiva reperiatur in hereditate, ſed moram, ob reſtituendi neceſsitatem, probari ex eo tempore, quo debet reſtitui, nimirum factæ interpellationis *l. 31.* D. *de vſur.* aut accepti judicij *l. 35. de v. Sig. l. 82. in fin. de v. Obl.* ſi ex delicto mora eſt, non item ſi ex contractu. Id quod cum cura Dominus inculcavit ſemper, vt unà ſciremus, propterea æſtimationem quanti plurimi in condictione furtiva non egredi retrorſum judicij accipiendi tempus *l. 2. §. 3. de priv. delict.* Quid? Ais *d. pag. 18,* moræ eum eſſe effectum, *vt perpetuet*

obliga-

obligationem non tantum debitoris sed & heredum. Dominus negat eodem effectu, qui obtinet in obligationibus ex cõtractu vel quasi, donandam esse moram in obligationibus ex delicto. Equidem gaudeo, nihil hîc habuisse te, quod responderes, credo defectu probationum. Sine quibus fieri non potest, vt possis consistere. Adeo de pagina ad paginam multa effutis, vbi ad probationes ventum, plane mutis. Vt ostendas *moram quæ ex delicto evenit, non minus obligationem perpetuare, quam quæ in contractibus, scio d. quæst. 10. pagin. 19. te confugere ad l. pen. D. de vi & vi arm.* Sed enim mi Schifourdigere, seculum illud vivitur, quo nihil scribi debet, quàm quod judicio & oculis, vt videtur, ita iudicetur. Tale quid in isto responso de persona heredis, oculis non videtur. Iudicium si adhibes, contrarium inde probes non malè, *conf. l. 1. in fin. l. 3. in princ. & in fin. eod. tit.* Admittis *d. pag. 19.* eos *qui ex delicto obligãtur, plusquam frustratores constitui per d. l. pen. D. de vi & vi arm.* Rectè, si plus quam frustratores: ergo major hæc frustratio seu mora est, quam in contractibus, & per consequens in heredes nõ transsitoria, idque propter delictum, ex quo plus participat hæc mora, quàm mora in obligationibus ex contractu. Ad id contendit Dominus semper, si condictio hæc ex delicto est, aut a regula non excipiatur.

Persta.

Persta. Condictio furtiva si ex delicto est, re vivo fure perempta, vt nihil inde ad heredem potuerit pervenire, heres absolvitur vi regulæ, aut falsa est omnis regula. Næ tu mirus homo es, qui *de pagin. 19.* ais *esse petitionem, si vivo fure res perierit, etsi cum defuncto lis non fuerit contestata, etsi nihil ad heredem pervenerit*, item qui ais *etsi vivo fure res perierit & nihil ad heredem pervenerit, æstimationem, quæ ab illo peti nihilominus possit, non esse poenam.* Iterum dico authoritate Domini, si condictio ex delicto est, fieri non posse, vt re vivo fure perempta, eo casu, quo nihil ad heredem pervenerit, adversus heredem sit petitio; itẽ, fieri non posse, vt æstimatio *quanti plurimi*, quæ ab herede solveretur ex delicto defuncti, non sit eo casu pœna. Præteris hæc, scilicet, ceu argutias *d. pagin. 19.* Quàm vellem vt argutior fuisses Paulo in talibus argutijs refellendis, aut nunquam in erroribus tuis proponendis tã liberalis.

CAP. IX.

Condictionem furtivam, si ex delicto est, non, quia rei persecutionem habeat, ea propter adversus heredem in solidum competere.

ACtiones ex maleficijs merè pœnales, adversus heredes prorsus non competunt;

petunt. Condictio furtiva esto vt sit ex delicto, non pœnam persequitur sed rei persecutionem habet, idcirco & heredem obligat *l. 7. §. 2. de cond. furt.* Differentia, quæ est inter actionem ad exhibendum, & ipsam exhibitionem, eadem est inter actionem condictionis furtivæ & ipsam condictionem rei furtivæ. Vindicatio sæpe exprimit ipsum actū, quo aliquis quid suum adserit; ita condictio ipsum rei furtivæ actum, quo rem sibi ablatam furi condicit. Obligatio nō est ex actione. Inde est quod actio condictitia seu condictio furtiva nō obliget propriè. Condictio rei furtivæ pro ipso petitionis actu si sumatur, obligat etjam heredem, quia ei insit mera rei persecutio, nulla pœna *iuxt. d. l. 7. §* 2. Atque hinc infert adversarius *quæst, 11. in princ. condictionem furtivam, quia rei persecutionem habeat, heredem quoque furis in solidum obligare iuxt. d. l. 7. §. 2.* differentiâ primùm inter condictionem rei furtivæ & condictionem furtivam nullâ observatâ. Deinde eâdem in consequentiâ, quâ ante. Quid ita? actio illa & illa rei persecutionem habet, ergò in heredes datur. Bene id concluditur pro natura actionum, vnde sint. Esse possunt ex contractu vel quasi, tunc *in heredes dari* est, *in heredes in solidum dari.* Esse possunt ex delicto, tunc in heredes dari, est eo modo dari, quo possunt dari, nimirum in quantum perve-

nit. Nec inutilis est ista ethymologia, *quia rei persecutionem habet*, quoniam aliàs si rei persecutione destitueretur, ex delicto adversus heredem prorsus nõ posset competere. Doctißimus Schifourdigerus ita argumentatur. Actio illa & illa ex delicto est, rei persecutionem continet, item actio illa & illa ex delicto est, & heredes datur, *iuxt. d. l. 7. §. 7.* Ergo in heredes in solidum datur. Bella testa. Actio *de dolo* adversus heredem datur *l. 13. l. 28.* D. *de dol.* item rei persecutionem habet *l. 18. d. tit.* actio rerum âmotarum adversus heredem datur *l. 5. §. 3. de Act. rer. Amot.* item rei persecutionem continet *l. 21. §. per.* D. *d. tit.* Actio, quæ *in fraudem creditorum* adversus heredes datur *l. 10. §. 25.* D. *Quæ in fraud. cred.* & rei persecutionem continet. Actio in factum de vi & vi armata adversus heredes competit & rei persecutionem continet *l. 3. §. 1. de vi & vi arm.* actio denique tributoria in heredem datur *l. 4. in fin. de exerc. act. l. 15. de Inst. act.* & rei persecutionem continet, *l. 8. de Trib. act.* Non tamen vltra id quod pervenit, vlla harum actionum quoniam ex delicto sint, adversus heredes competit. *vid. supr. c. 6. in fin.* Sed seria hactenus, nunc iterum in risus, ait *d. quæst. 11. pagin. 19. a* quòd furis heres nonnunquam furti actione teneatur, *positum id esse in certis speciebus veluti si vivus fur conventus fuerit aut*

ad heredem aliqnid pervenerit. Genus avidum auricularum (ignosce, si non agnoscis malitatem tuam, quâ vteris *l. 2. quæst. 8. in princ.*) agnosco inquam in tuis hisce posterioribus insuave illud, & omni ore evomendum fermentũ, *vid. dom. 1. hor. furt. 12.*

CAP. X.

Re furtivâ ante obitum furis omnino peremptâ, non teneri heredem ejus condictione furtiva, si ex delicto est.

ADversarius noster expositurus *l. 7. §. 2. de condict. furt.* ponit Vlpianum ponere primùm *tempus mortis, quo servus furtivus decesserit vivo fure apud ipsum vel alium, & ad hoc probandum* vtitur *l. 46. in princ. versic. hoc idem* D. *de furt.* Quid? iterum allegat locum, quem non inspexisse, quanta negligentia est? Nego quicquam de tali tempore extare, vel in *d. l. 7. §. 2.* vel *in d. l. 46.* Fateor, ait ICtus, mortuo homine, quẽ quis furto abstulit, vigere nihilominus furti actionem; hoc idem in condictione placere, etiamsi res sit aliqua ratione extincta. Hoc quis negat? In quæstione est, vtrum eo casu, quo res furtiva vivo fure apud ipsum vel alium perierit, heres post mortem furis, in solidum teneatur. De furti actione id non dicitur *in d. l. 46.* Immo illæ sis prin-

sis principijs dici non potuit. Ergo nec de condictione, si ex delicto est: aut falsum evaderet Vlpiani effatum *d. loc.* nimirum idem in condictione placuisse. Ait porro *d. pagin.* 19. si bene intelligo, duplicem ab Vlpiano decidi casum *in d.l.7.§.2. de cond. furt.* vnum, in quo furis heres obligetur nō tantùm si vivat servus furtivus eo tempore, quo fur moritur, sed etiam cum ante mortem furis decesserit. Alterum, quo heres itidem obligetur, sive apud heredem objerit servus, sive apud alium post mortem furis. Sed nego apertè hæc eo sensu extare *in.d.l.*7. §.2. aut colligi posse, verbis illis, *post mortem tamē*, istum sensum plane non admittentibus. Vt non dicam, debere Domini opinionem prævalere in dubio, *iuxt. l.* 67. *de Reg. jur.* quandoquidem congruat magis juri communi *l.* 30. D. *de judic.* disponenti pasim, actiones, quæ ex delicto descendunt, ac rei persecutionem habent, in heredes non transire vltra, quam pervenit; id quod non vna aut altera lex, sed integra decidit Rubrica & vniversum nigrum *Cod. ex delict. def.* Neque te audio Schifourdigere, dum ais, *pagin.* 20. *d. quæst.* 11. particulam *sed etsi* diversum casum *a priore* innuere *in d l.7.§.2.* Quamvis Rectè, innuere, semper enim & necessariò probare vix putem. Tū in posteriori parte si particula, *sed etsi* casum innuat diversum a prio-

re, triumphat Dominus cum Accursio & Azone,quoniam eo concesso,necessum est, vt priore casu,servo mortuo, heres non teneatur,aut casus vtique non forent diversi. Sed pergis *d. pagin.* 20. si servus furtivus post mortem furis ad alium pervenerit, quàm ad ejus heredem, eoque heres nihilominus condictione teneatur, inde infers *condictionem furtivam, etiam tum heredem furis obligare, cum nihil minus dici posit, quam aliquid ad eum pervenisse.* omnino male & citra vllam probationem. Post mortem furis quid si heres servum illum furtivum prius habuerit & postea is ad aliũ pervenerit? quid si fur servum furtivum vendiderit & ex pretio locupletior factam hereditas sine servo ad heredem pervenerit? Hisce & similibus casibus certius est condictione furtiva heredem teneri *l. toties* D. *de Reg. jur.* nihil minus dici posse, quàm nihil ad eum pervenisse. Item ais *d. pagin.* 20. non omne *quod in patrimonij corpus pervenit, statim etiam ad heredem perventurum esse l.* 20. D. *Quod met. caus.* rectè, sed obscurior es, & cur non distinguis? Quod in patrimonium defuncti pervenit, non certum est, ad heredem ejus perventurum esse *juxt. d. l.* 20. *in fin.* Quicquid verò semel in patrimonium heredis pervenerit, etsi postea vel perierit vel ad alium pervenerit, non obest, quo minus ad eum pervenisse intelligatur, quãdoquidem

dem sufficiat vel momento ad eum pervenisse. Item *d.pagin.20.* finge servum tuum *tibi subtractum, eundemque per tertium iterum subreptum fuisse, apud quem & decesserit post mortem furis prioris*, vult Schifourdigerus *dubitari non posse, quin heres prioris furis conveniri possit condictione furtiva eodem modo, quo ipse fur prior, si viveret, conveniretur l.76. in fin.* D. *de furt. quamvis servus ille nunquam in hereditate furis prioris repertus fuerit.* Vin dicam, quod sentio? valdè disertus in verbis, re pauper & minimè solidus. Ex cerebro recitas hæc ceu ex oraculo, quæ nullibi extant & negantur sine obstaculo *d. l. 76.* quippe ex cujus ex lis nulli aruspices decisionem illam tuam de prioris furis herede exenterent. Postremò, quæ tua inobservantia *in quæstione 12. pagin. 21. 6. lin. 12. & 13.* observalti in *d. l. 7. §. 2. de condict. furt.* ICtum nullo modo *de re furtiva perempta tractare, sed, quod longè diversissimum est, de persona ipsa è vivis sublata.* In aurem, ne vulgentur hæc mysteria. Error tantus, qui vel in tyrone inexcusabilis, primum separas servum, de quo loquitur *d. l. 7. §. 2.* à re quavis corporali. Omnino male nullaque cogente necessitate *vid. l. 46. in princ. ibi mortuo homine & versic. Hoc idem, ibi, res sit* D. *de furt. conf. §. 1. Inst. de Reb. corp. & inc. l. 27. §. 6. Ad l. Aquil.* Dem vas; qui servum *personam* facis. Servus est instrumen-

tum animatum. Servus quadrupedi comparatur. Ex quadrupede personam fabricari est ex homine Asinum facere, (pluma quò festinas, dicere debeo) ex asino facere solem.

CAP. XI.

Condictionem non poni aut simul præsupponi, rem, quæ condicenda, a fure vel ejus herede haberi; item de æstimatione, an & quando sit pœna.

ERudimur exemplis. Actio ad exibendum & rei vindicatio, quoties competunt, toties præsupponitur esse aliquid apud eos, contra quos competunt & propter quod competunt, *fac. l.* 1. D. *de privat. del.* Item hæ actiones sicuti non negantur adversus heredes possessoris, & tamen non aliter dantur, quàm si rem possideat. Non aliter cum condictione furtiva comparatum. Quoties competit *juxt. l.* 5. *l.* 7. §. 2. *de cond. furt.* §. *vlt. Inst. de obl. ex delict.* toties præsupponitur esse aliquid, quod fur, si contra furem agatur fecerit, aut heres ejus, si contra eum agatur, habeat vel habuerit. Probari adhuc hæc adversarius petit *d. pagin.* 21. Quæ vel ipsa condictionis natura nos docet. Quid enim est aliud cõdictio furtiva, quàm rei ablatæ repetitio?

Repetere

Repetere autem quomodo quid poſſum ab aliquo ceu fure, quod non furatus ſit? quomodo ab ejus herede, quod nunquam habuerit? Hæc jam intelligis clariſsimè Schifourdigere, ideo forſan fateris *d. pagin.* 21. conditionem hanc ſemper *quidem aliquid præſupponere quod condici poſsit, ſed τὸ aliquid tam in æſtimatione rei quàm in ipſa re vires ſuas poſſe exercere.* Rectè: ſi hereditas ex furto defuncti locupletior æſtimari poſsit, æſtimetur, quatenus inde locupletior ad heredem pervenerit. Quis negat ratione ejus ſubeſſe aliquid, quod condici poſsit? Verumenimvero cum ex furto nihil hereditati acceſſerit, multo minus ad heredem ex defuncti furto pervenerit, tam abſonum fuerit hoc caſu ab herede æſtimationem condicere, ſi condictio ex delicto eſt, quàm ſi velis æſtimare, quod non eſt æſtimabile, veluti id, quod nihil eſt, aut meram pœnam ex æſtimatione facere. Non ignoro *abſurdè dici*, ſed tuo judicio, *æſtimationem rei eſſe poenam, vid. pagin.* 22. *a* Os impudens. Non dixit Dominus æſtimationem rei in condictione perpetuò eſſe pœnam. Dixit & adhuc dicit, re vivo fure perempta, vt nihil ad heredem ex furto ejus potuerit pervenire, ſi heres ad æſtimationem teneretur, æſtimationem fore meram pœnam; ſi condictio præſupponatur, eſſe actio ex delicto. Ceterùm vereor, ne tui captus ſint,

aliàs inclementiùs intonarem. Quid enim, pone in quis *d. pagin.* 22. *a* servum furtivum *apud alium quam furem ejusdemve heredem sive post mortem furis sive vivo fure decessisse*. His casibus ais *in aperto esse, nihil apud heredem esse, quod condici possit*. Quasi verò non illud valde in obscuro sit, vtrum heres non aliquo momento eum servum habuerit, vel potuerit habuisse, antequam ad aliū. pervenerit & decesserit. Et *tamen*, inquis, *Vlpianus respondit in ista specie heredem furis obligari condictione furtiva in d. l. 7. §. 2. de cond. furt.* egregiè. Nec enim addis *in solidum*. Quod miror. Vnde ominor te brevi transfugam fore ad partes Cujacianas. Quid ita? valde prudenter claudis hoc caput, dum inquis *d. pagin.* 22. *si æstimationem ipsam respicimus, quæ eadem cum ipsa re extincta propemodū existimatur semper fore, quod condici possit, quamvis non semper; si attendamus casus illos, quibus nihil ad heredem pervenire potuit*: persta in ijs, *noster eris*; Quin potius propter ista gratulamur tibi super tam auspicato, si non imprudenti transfugio.

CAP. XII.

An litis contestatio præsupponi in l. 9. de cond. furt. ex pluribus heredibus is, cui solidum restituendi facultas, an in solidum conveniri, an denique parti hereditatis solidum ablatum inesse possit.

Condictio

Condictio furtiva est nomē actionis, *fac. Rubric. de cond. furtiv.* sicuti rei vindicatio. *fac. Rubric. de* R. V. condictio rei furtivæ, est ipse actus, quo corpus seu species ablata qua extans, ut restituatur, petitur §. 18. *in fin. Inst. de Act. l. 1. l. 7. §. 1. §. 2. l. 8. in princ.* D. *d. tit.* sicuti vindicatio rei, est ipse actus, quo, quod meū est, meum esse adsero. Condictio ex causa furtiva, est ipse actus, quo res ablata non extans, id est, æstimatio petitur, *l. 8. §. 1. l. 9. l. 16. l. 18.* D. *d. tit. l. 3. §. 12. De pecul. l. 14* D. *cōmod. l. 1. in fin. de cōd. tritic.* Hinc D. Iac. Cujacius, ut videtur, collegit, *d. l. 9. de cōdict. furt.*, intelligi posse, si cū fure lis contestata fuerit. ac si scriptū esset: *In condictione* cū fure instituta, *ex causa* furtiva non pro parte, quæ pervenit, sed in solidum tenemur, dum soli heredes sumus. Neque tam aliena hæc interpretatio est, quā vulgò putatur. Condictio ex causa furtiva, quà est actus condicens, incepit eo tempore, quo lis contestata fuit cū fure. Hinc litis cōtestatio potest colligi ex verbis illis, *in condictione ex causa furtiva* non minus, quàm in *l. 8. §. 1 de cond. furt.* ex verbis illis, *res condicatur.* Quid? Lex hæc proximè præit, & litis contestationem sicuti præ se fert, *l. 2. §. 3. de priv. del.* eâdem probabilitate colligi eadem potest in *l. seq.* ex verbis illis, *In cond. ex causa furtiva,* iudicialiter scilicet instituta. Quid ita? *Si ex causa furtiva,*

inquit Vlpianus, *res condicatur, cuius temporis æstimatio fiat, quæritur, placet id tempus spectandum, quo res vnquam plurimi fuit.* Iam verò ficuti ex verbo, *condicatur*, incipit calculatio temporis, a quo æstimatio incipiat, ita tempus litis conteſtatæ illud ipſum principium eſſe oſtenditur *in l. 2. §. 3. D. de privat. del.* Aliàs videamus, ne hic ſenſus eſſet. *In condictione furtiva nondum instituta non pro parte, quæ pervenit, ſed in ſolidum tenemur, dum ſoli heredes ſumus.* Obſcurius hæc enunciari contingeret. Tum, vt videtur, minus propriè. Condictio nondum in judicio inſtituta, eſt actio ex furto furis acquiſita, actio tantum nata, *fac. l. 17. §. 1. de furt.* nondum ab eo, qui tribunali præeſt, data. In actione data propriè teneri dicimur, vel in ſolidum; vel de eo, quod pervenit vt *in d. l. 9. de cond. furt.* Actione verò, quà nata eſt, teneri dicimur, non in actione nata tàm propriè. Regerit *quæſt.* 13. Schifourdigerus *in d. l. 9.* tàm diſertè *condictionem dari adverſus heredes in ſolidum vt miretur homines fuiſſe repertos, qu legi claræ tenebras obducere conati ſint.* Ac quidem nunquam inficiatus eſt Dominus, ſi condictio ex alia cauſa eſt, quàm delicti, aut ſi ex delicto eſt, & a regula, quæ eſt, *actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias non vltra quam pervenit, adverſus hereſes competere,* excipiatur, reſponſum ſatis clarum eſſe,

nec

nec indigere alia interpretatione *vid.* Dom. 1.*horar. furt.c.9.& 10.* Sin ex delicto est, & cum Anton. Fabro citra exceptionem vulgari jure eam in solidum adversus heredes dari velis, meritò contradicendum fuit,& aliter explicanda *d.l.9.* ne periclitentur principia. Quòd autem adversarius *d. quæst. 13. pagin. 22. col. 2.* hac in parte *vt & in nobilioribus alijs Antonium Fabrum palmis Cujacianis redimitum more victorum vbique discurrere* glorietur, responsionem non meretur. *Nec enim in magnos animos cadit tam adfectata jactatio*, Symmach. 10. *epist.22.* Myrmillones erant olim fortissimi gladiatores,à quibus, quia propter peritiam artis,quâ valebant,ferro depugnare cum eis periculosum esset, rudiores plerumque rudibus vapulabant,ne,si ferro auderent mitterentur ad plures, *vid.* Philip. Beroald. *ad Apulei de Asino Aur.libr.4.* Marcell. Donat. *in dilucidiat. ad Sueton.c.35.* atque hujuscemodi Myrmilloni dum hîc Dominum facetè comparas respectu peritiæ in sua arte, cui fidit, laudem istam cum laude vt recompensaret,noluit, lethali ferro te adoriret,permisit, vt rudibus, & trudibus te batuerem in Batuo hoc solo. Clementiæ argumentum non leve in homine præter meritum offenso, quem altrix illa ingeniorum dedit Frisia, quem, dum HORAS suas FVRTIVAS colligebat, non

aër

aër Bœoticus fovebat, sed aura Batava, hoc est, valde delicata. Neque nescire potes doctissimè Schifourdi gerere, cui hæc bono? obstrue igitur meatus istos, quos refers *d. pag.* 22. *col.* 2. ne immodestia tua graveolentius fœteat. Si quidem *nulla provincia est, quæ non peritos & ingeniosos homines habeat.* Nunc ad rem: vnde probabis, Dominū *in d. l.* 9. intellexisse per *solidum*, tale solidum, *quod solidum adficiat hereditatem.* Immo *solidum* accepit pro solido ablato, *vid. Membran.* ibi, *in solidum ejus, quod condicitur pagin.* 88. Quid? ais, *pagin.* 23. *col.* 1. nullo modo, *ne in condictione furtiva quidem, eum qui pro parte tantùm heres est, posse in solidum conveniri l.* 26. *C. de pact. l.* 6. *C. fam. ercisc. tot. tit. C. Si vnus ex pluribus* dupliciter malè. Primùm in condictione etiam is, qui pro parte tantū heres est, quamvis pro qua parte heres sit, eatenus teneatur duntaxat, tamen in solidum rectè dicitur conveniri, dum cōuenitur pro rata hereditariæ suæ partis *l.* 157. *in fin.* D. *de Reg. iur.* Item, quid si is, qui pro parte tantùm heres est, totius rei furtivæ restituendæ facultatem habeat? Vindicari, ab eo potest, in solidum *l.* 55. *de R. vind.* & condici nō minus in actione ex contractu *l.* 3. §. 3. D. *Commod.* quàm ex delicto *l.* 9. *in princ. de vi & vi arm.* salua repetitione a cohærede, familiæ herciscundæ judicio, *l.* 2. §. 2. *de v. obl.* Doctrina, quam non labefactat, sed confirmat

Rubri-

Rubrica cũ nigro *in tot. tit. C. si vn. ex plurib.* tantum abest, ut contrarium probari possit ex *l. 6. C. fam. ercisc. vel ex l. 26. C. de pact.* vbi pacto privato divisionem ex Lege non tolli rescriptum. Longe quod aliud est, quàm quod adversarius non inspectis, vt videtur, legibus, more suo pronuntiare ausus, eum, qui pro parte heres est, si solidam rem habeat, non posse solidum ab eo vindicari vel condici. Regerit Adversarius *d. pagin. 23. col. 1.* & fatetur *nonnullos esse casus, quibus videatur heres ex parte in solidum conveniri l. 3. §. 3. D. Commod. sed ibi casum ostendi, qui specialem habeat rationem.* Quin rideatur hæc specialitas, & substituatur generalitas *iuxt superior.* Multo minus vt probari possit, heredem ex parte, in solidum conveniri in *l. ex pollicitatione D. de pollic.* quæ malè allegatur, posteaquam nulla ibi mentio fiat heredis ex parte, tum aliò ista lex pertineat, explicarique debeat *iuxt. l. 2. C. de hered. Act.* Ait insuper *d. pag. 23. col. 1.* vnum *ex heredibus majori ex parte damnari non posse, licet totũ fundum possideat, quàm ex qua heres sit;* atque hoc probare contendit ex *l. 2. in fin. D. de prat. Stip.* Nimis generaliter & citra distinctionem malè hæc referuntur. Siquidem omnino distingui debeat, an vnus ex heredibus, qui totũ possidet, lite cũ defuncto nõ contestata conveniri & damnari possit. An verò lis si fuerit,

cum

cum defuncto cōtestata, illo casu vnus ille & conveniri potest & damnari *L. 55. de R. v.nd.d.l.2.§.2. de stip.prat.* hoc casu in singulis pro partibus hereditarii cōtinuandus processus est *d. l. 2.in fin.* Ait *d.pag.23.col.2.* de tali solido, *quod adficiat hereditatem solidā*, non loqui Vlpianum *in d. l.9. de Cond. furt.* quasi verò vspiam Dominus illa, *in solidum*, prædicari de solida hereditate voluerit *in d. l.9.* Immo interpretatus est ista, *dum soli heredes sumus*, ac reddidit, *pro solida hereditate responsuri*. Quo quid rectius? vtique si soli heredes sumus, pro solida hereditate adita nobis respondendum est. Illa *in solidum* reddidit per ista, *in solidum ejus, quod condicitur*, & sic in totum, quod ablatum fuerit, si totum ad heredem pervenerit & condictum fuerit. Fatetur adversarius *d. pag.23. col.2.* illud *solidum*, de quo loquitur Paulus *in l.9. de vi & vi arm. Ut hereditatem universam, sic etiam partem ejus adficere, sed Vlpianum de tali solido non agere in d.l. 9.* Quid enim? nulla necessitate & igitur ineptissimè hæc fatetur. Enimvero Paulus non loquitur de solido, quod adficiat hereditatem vniversam vel ejus partem, *in d.l.9. de vi & vi arm.* sed de eodem solido, de quo Vlpianus *in d. l.9.* nimirum de solido ablato. Item ait *d. pagin.23.col.2.* solidum *non ex se suique natura consistere in l. 9. de vi & vi arm. sed tantum ex accidenti, si,* nimirum, *pervenerit ad unum ex*

pluribus

pluribus heredibus totum, qui tamen ex asse non sit heres. Non rectè: cum immo *solidum*, quod ad vnum ex pluribus pervenit, magis ex se suique natura consistat, vtpote non divisum. Aut vbi divisim pars ad vnum, pars ad alterum pervenerit, cedo cur ex accidenti hoc minus accidat? Ait *in l. 9. de Condict. furt.* solidum *ex se consistere, & igitur ab omnibus simul heredibus exigi non minus, quàm ab vno, qui solus heres est*. Scire velim, cui bono distinctio hæc tam frivola? non vtique magis ex se consistit hoc solidum, de quo Vlpianus agit *in d. l. 9.* quàm illud solidum, de quo Paulus *in l. 9. de vi & vi arm.* Ait *d. pagin* 23. *col.* 2. solidum, *quod exigitur in actionibus ex delicto merè rei persecutoriis, dividi, si plures sint heredes, pro hereditariis portionibus iuxt. d. l. 9. de Cond. furt. idemque observari in actionibus, quæ ex contractu descendunt l. 157. in fin. de Reg. iur.* Ac quidem nuspiam docuit Dominus aliter, nisi quod sustinuerit, in actionibus ex delicto heredes non teneri, vltra quàm ad eos pervenerit, sive merè rei persecutoriæ sint, sive mixtæ, neque de condictione hac, si ex delicto est, doceri debere aliud, nisi a regula excipiatur. Sententia, in qua etiamnum persistit, vid. *hor. furt. l. 1. c. 1. c. 9. & 10.* Sed, ait *d. pagin. 23. col. 2. in fin.* decipi Gothofredum *ad l. 157. in fin. de Reg. iur.* qui legendum ibi suaserit, *in solidum tenentur, vel vnusquis-*

que

quæ pro ea parte, &c. Ego receptam Vlpiani Lectionem ſicuti nec moverim, ita Gothofredi explicationem, non habeo, cur multis damnare debeam. Quid ita? In contractibus ſucceſſores qui ſoli & vnici ſunt, in ſolidū tenētur; ſin plures fuerint, ſinguli tenentur pro ea parte, quâ vnuſquiſque heres eſt *l. 7. §. 1.* D. *de depoſ.* hoc eſt, in ſolidum quoque, ſed pro rata partis hereditariæ *iuxt.* Gothofred. *in not. ad d. l. 157. in fin.* Negat, *pagin. 24. col.* hereditatem conſtituere *vniverſitatem, cujus parti vel ſolidum ablatum, quod condicas, in eſſe poſſit*, pueriles affaniæ. Hereditas ſolida non poteſt ineſſe parti ejuſdem hereditatis citra offenſionem Philoſophorum. Res verò ablata, eaque in ſolidum quò minns parti alicui totius hereditatis ineſſe poſsit, vtique nihil prohibet, ſi non tuum cerebrum. Solus es heres: pars hereditatis quatenus ex rebus conſtat, quæ haberi & poſsideri poſsint *l. 6.* D. *Si pars hered. l. 3. l. 7. § . 4. & 5. de exc. rei judic.* ſine jure a non herede occupata eſt. pars altera ex rebus itidem tū corporalib. tū incorporalibus cū cōſtaret, ad te pervenit. Huic parti, ſub qua tū multæ res mobiles, quarū propriè furtū fit, latere poſſunt *arg. Rubr. ſi pars her.* negas in eſſe de facto poſſe in ſolidū vnam rem ablatam. Teſtor experientiam cui hac in re obloqueris, aut provoco ad judicium, in quo ſupremus In-

dex eſt

dex est sensus communis. Res ablata non quidem fit pars hereditatis, ideoque inter heredes nō dividitur *l.4.§.2.D.fam ercisc.* prout Dominus docuit *d.c.18. Mēbr.lib.1.* Quid tum? cui errore res furtiva in hereditatis divisione obtigit, si eadem ei evincatur, judicio familiæ hercifcundæ, quantum amisit, à coherede recuperat *l.2.§.2. de v.obl.l.1.§.1.D.fam.ercisc.*

CAP. XIII.

De parte hereditaria, & hereditatis, quæ ad heredem pervenit in l.9.de Cond.furt. quo sensu res furtiva intelligi possit fusa per hereditatem.

NEmo nō benignus est sui judex. Quid audio? dimittit Schifourdigerus *d. quæst.13.pagin.22.col.2.* Cujacium cum *suis armis illis lusorijs*, quæ ventilet; vult *decretorijs pugnare*. Contemnit vultei *prælusionem*; vult *in acie versari* & cū Domino componi. Cruenta instat pugna. Sed heus tu, benigniùs de te judicas; nondum robustus es satis *ignominiam judicat gladiator cum inferiore componi, & scit eum sine gloria vinci, qui sine periculo vincitur.* Pro parte heres pro ea parte, qua heres est, tenetur in condictione furtiva, *l.9. de Cond.furt.* pro parte, inquam, hoc vtique est pro rata partis hereditariæ, *arg.*

l. 18. D. *depos. l.* 38. D. *fam.excisc. l.*6. *C. eod. l.*26. *C. de pact.* non rei furtivæ. Iam autem ſicuti his in verbis τὸ *pars* ſe refert ad hereditatem *in d. l.* 6. *in fin.* nec poteſt referri ad rem furtivam, cum rei furtivæ parte tenus heres nemo dicatur recte. Ita & in primis illis verbis: *In condictione furtiva non pro parte, quæ pervenit, &c.* de hereditatis parte τὸ *pars* intelligi poteſt. Ac ſi ſcriptū eſſet; *in condictione ex cauſa furtiva, non pro parte hereditatis, quæ pervenit, ſed in ſolidum ablatum tenemur, dum ſoli heredes ſumus.* Neque abſurditas ulla in hac propoſitione eſt, aut ubi ab adverſarijs uſpiam ulla oſtenſa? Si eam nolint approbare, nemo eos cogit. improbabilis eſt expoſitio, ſed eorum iudicio. Sub exceptione iam toties inculcata eam cum Domino nō tam tueor, quàm propono ceu juri non contrariam, poſt Cuiacianam. Ac quidem eodem iure licet ſi non maiore, unicam hanc legem redigere ſub unam regulam, nimirum, *actiones ex delicto etiam merè rei perſecutorias nō ultra quàm pervenit, adverſus heredes dari*, quo illis licet regulam hanc invertere, novamque condere, contra regulam receptam, contra omnes Leges *vid. Domin. horar. furt.* vi ſolius huius *l. 9. de cond. furt.* quæ tam clara non eſt, ut iſti homines opinantur, *vid. Domin. lib. 2. horar. furt.* Quod ſi autem intelligatur Vlpianus, *in condictione*

ex

ex causa furtiva non pro parte hereditatis, quæ pervenit, sed in solidum nos teneri, dum soli heredes sumus, inde doctrinam aiunt extrui *pagin.24. col. i.* perinde *ac si furis heres pro parte hereditaria & non in soliddum, dum solus non est, conveniri nequeat*. Collectio planè absurda, cum utique heres ex parte, qui non pro parte hereditatis, quæ ad eum de facto pervenit, teneatur, sed in solidum *iuxt. d. l. 9.* pro hereditaria parte teneatur. *l. 157. in fin. d. de Reg. iur.* nisi partem hereditatis, quæ pervenit, confundere velimus cum parte hereditaria. Quod cavendum etsi parva subdistantia. Siquidem pars hereditaria est. Pars *Quota* ex legibus 12. tabularum secundum numerum heredum unicuique competens *l. 26. C. de pact. l. 6. C. fam. excisc. l. i. C. Si unus ex plurib. l. ult. C. de hered. act. l. 9. l. 14. l. 28. l. 32. in fin. de vulg. & pup. subst. l. 124. de Legat. i.* Hereditate adita, iure ad unumquemque heredem hæc semper pervenisse censetur, de facto nō semper pervenit *l. 3 i. de Const. pec. l. 2. §. 4. de her. vel act. vend.* Adhuc aiunt, *d. pag. 24. col. i.* Dominum *accipere solidum in d. l. 9.* pro *solida hereditate*. Calumnia iam non semel refutata. In *solidum* dixit *eius, quod condicitur*. Hoc autem illud *solidum* est, quod prædicatur de ablato, non de hereditate. Quid? ecquâ tandem malitiâ non maluisti Schifourdi-
 gere,

gere, illa *pro solida hereditate responsuri*, quæ extant *d. c.* 18. *in Membran.* referre ad illa, *dum soli heredes sumus.* Cumque solus heres sit, qui ex asse est heres, non intelligis *d. pagin.* 24. *col. i.* quo sensu *in d. l.* 9. disputari possit *de part. hereditatis quæ ad eum pervenerit.* non miror, plura sunt quæ quidem deberes, non tamen videre soleas. Hereditas aut est nomen iuris *l.* 50. *de her. pet.* aut est nomen rerum sub uno hereditatis nomine comprehensarum quà possideri potest *l.* 2. *in princ. & §. i.* D. *Si quis omiss. l.* 29. *§.* 1. *de Statulib. l.* 49. *de hered. petit. l.* 7. *§.* 4. *de exc. Rei iud.* quà minui & augeri *l.* 178. *§. i. de v. Sign.* In postrema hac significatione pars hereditatis ad eum, qui solus heres est, de facto pervenire potest & facto tenus abesse, *conf. l.* 7. *§. i.* D. *de Reb. dub. d. l.* 29. *§. i.* D. *de statulib.* Qua in re tyrocinium tuum nõ dissimulas *d. pagin.* 24. *col.* 2. Item negas, *d. pagin.* 24. *col.* 2. rem condicendã, *quæ ante mortem furis non perierit, fusam intelligi per universam hereditatem.* Itane? fateor, corpore tenus rem furtivam corpoream non esse fusam per universam hereditatem; dixit eam Dominus fusam *intelligi*, hoc est, repræsentatione, non re ipsa fusam esse. *fac.* Fabr. 16. *coniect.* 10. *in fin.* ibi, *intelligitur.* Atque id ita nisi esset, res profecto furtiva, non ceu aes alienum pro partibus hereditarijs à singulis heredibus posset exigi. Quod

expressè repugnaret *d. l. 9.* neque defendi posse ullus existimare possit. Tantū quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis eius redigi potest. Sic dicimus centies aureorum habere, qui tantum in prædijs ceterisque similibus rebus habeat *l.* 88. *de v. Sign.* Similiter quanto plus propter rem furtivam ex hereditate redigi potest, tantū pecuniæ furtivæ per hereditatem fusum intelligitur. Iam ergo Res vitiosa, quæ ex delicto defuncti ad heredem pervenit, quâ corporea; non ceu cancer universam hereditatem pervadit, sed quâ æstimatione tenus inde hereditas locupletior ad eum pervenit, ceu æs alienū æstimatur, & ideo pro partibus hereditarijs singuli tenentur, nō solus, qui rem furtivam possideat *iuxt. d. l. 9.* adhuc nō vides doctissime Amice, quā lubricis passibus ambules *d. pag. 24. col. 2.* Quid? ais *ibid.* heredi universam *hereditatem ceu vitiosam non esse auferendam, eo quod ex defūcti delicto aliquid ad eum pervenerit.* Quasi verò uspiam hoc Dominus docuerit, quod vel lippi & tonsores nō ignorēt. Sed enim vos defenditis, sive ex furto defuncti aliquid, sive nihil pervenerit ad heredem, qui solus est, ex universa hereditate ceu vitiosa solidū ablatum heredi auferendū esse, *iuxt. d. l. 9.* Equidem ubi penitius hæc adspicio, fieri vix potest ut non inde sequatur, quod injuriè Dom. adscribere vidêris, nimirū partē

furtivâ seu vitiosam, quæ pervenerit ex defuncti delicto, universam hereditatem velut cancrũ pervadere. Neque longior eius rei probatio deficeret, sed pergo, quoniam gratior succedit concio. d. *pag.* 24. dum ais heredem esse *in hoc condictionis furtivæ proposito successorem vitiorum, quatenus ad eum ea pervenerit, nec in amplius quàm pro modo emolumenti eum teneri, & consequenter hereditatem in cæteris partibus à furti vitio purgatam & liberum esse?* Liberè dicam, quoniam hîc places, doctissime Schifourdigere; egregia res est veritas, & mira, cum ab invito enuntiatur. Invitus est imprudens in castra nostra hîc transfugis. Antea si meministi, *pagin.* 23. *col.* 1. docuisti, *in condictione furtivâ heredes pro partibus hereditariis teneri iuxt. l.* 9. *in partibus hereditariis modum emolumenti non attendi per l.* 1. *C. Si cert. pet.* Hoc loco masculè ista damnas & revocas. Quid enim, si heres est successor vitiorum, hoc est, rerum ablatarum, quatenus ea ad heredem pervenerint, ut prudenter hoc loco fateris, utique eatenus poterunt duntaxat condici, si condictio ex delicto est: non verò in solidum. Item, si heres furis non in amplius quàm pro modo emolumenti, hoc est, non in amplius quàm hereditas ex furto locupletior ad eum pervenerit, teneatur, ut solidè hîc pronuntias, adeoque si hereditas in partibus hereditatis considerata, à furti

vitio

vitio purgata sit & libera, prout absolutè concludis, ecquid restat, quàm ut hîc te complectar amicorum suavissimè, commonefaciamque, ut ad hanc sententiam quam ex principijs extructam esse hoc loco non ignoras, amore veritatis respicias, nisi aut excipi condictionem hac in re à reliquis actionibus ex delicto merè rei persecutorijs, aut ex alia causa quàm delicti eam æstimare lubuerit. Adeò triplex hæc via hac in quæstione proponitur pro omni via, quæ ad urbem veritatis tendenti commoda sit, & præter quam nulla alia est via, quæ non incommoda & fallax. Neque nobis id videtur, sed verùm est, aut falsa sunt principia, quibus utimur.

CAP. XIV.

Hereditas quo sensu persecutione tenus ad heredem pervenire: tum ablatum solidum ei inesse possit & condictione furtiva recuperari.

PLenum laboris negocium gero, qui refutare toties tacitum persevero. At enim, nisi instare pergo atque exculpere aliquam iterum falsi faciem, gliscet veri oblivio. Hereditas solida constat ex ijs defuncti rebus, quæ cùm effectu ad heredem pervenerunt, & quæ sine effectu. Illa sunt, quæ apud heredem durant *l. vtrum*

 d. de

D. *de hered. pet.* remanſura *l.* 71. *de v. Sign.* nulli evictioni aut reſtitutioni obnoxia ſunt *l.* 2. *§.* 3. *de hered. vel act. vend.* Hæc ſunt, quæ non durant apud heredem, non remanere ſolent, ſed ab herede præſtari & reſtitui *d. l.* 2. *§.* 3. *in fin.* aut non haberi debent veluti res furtivæ *l.* 4. *§.* 2. D. *fam. erciſc. fac. l.* 53. D. *pro Soc.* Item hereditas conſtat ex ijs defuncti rebus, quæ vel poſſeſsione tenus & re ipſa, ſeu in veritate ad heredem pervenerunt, vel quæ perſecutione tenus ad eū pervenerunt. *d. l.* 2. *§.* 3. Poſſeſſione tenus, veluti ſi corpus aliquod defuncti quod proprium fuit, heres proprio facto apprehenderit, *fac. l.* 23. *de Acq. vel am. poſ.* re ipſa & in veritate, veluti ſi pretium corporis hereditarij fuerit conſecutus *l.* 18. *d. de dol. l.* 19. *in fin.* *Quæ in fraud. cred.* Duobus hiſce modis, quod ad heredem pervenit, plenius ad eum perveniſſe dicitur *d. l.* 2. *§.* 3. Perſecutione tenus ad heredem perveniunt defuncti res illæ, quæ in actionibus, petitionibus, & perſecutionibus conſiſtunt *l.* 49. *de v. Sign.* quatenus eas heres exercere ipſus, alijs tribuere, vel rerum ſibi debitarum perſecutionem mandare poteſt *d. l.* 2. *§.* 3. *de hered. vel act. vend.* Iam verò res furtiva ſi poſſeſſione tenus & in veritate in ſolidum ad heredem pervenerit, dum ſolus eſt, in ſolidum ab eo ablatum condici poteſt; ſi

non

non solus est, vnusquisque heredum condictione in solidum tenetur, hoc est pro parte hereditaria, *l. 157. in fin. de Reg. iur.* neque hæc obscura sunt *iuxt. d. l. 9. de cond. furt.* Quod si autem pars rei furtivæ ad heredem possessione tenus vel in veritate pervenerit, altera pars vivo fure interierit, si condictio ex delicto est, vulgari iure (singulare excipio) nō in amplius eum teneri sustinemus, quàm pro parte, quæ possessione tenus, vel in veritate ad eũ pervenerit, modò lis cũ defuncto nō fuerit contestata *l. vnic. C. Ex del. def.* Atque hoc de illa hereditatis parte, quæ possesione tenus vel in veritate ad heredem pervenerit, in hac quæstione observasse non inutile est. Quæritur porrò, quid si res furtiva non perierit, sed ante obitum vel post obitum furis ad alium, non donatione aut vi contractus cum fure aut ejus herede, sed metainvasione cum hereditate itidem occupata pervenerit, adeò vt ne vllo quidem momento apud heredem aliquid de hereditate vel re furtiva fuerit, nisi persecutione tenus. Næ hic ille casus est, quo sustinet Dominus sustineri posse ac quidem non absurdè, in solidum condictione furtiva heredem, qui solus est, aliàs vnumquemque in solidum pro hereditaria parte teneri si res furtiva in pecuniam vel aliam rem hereditariam conversa sit *fac. l. 18. Quod met. caus. l. 9. in*

fin. Quæ in fraud. cred. . Idque eadem illa ratione, quod hereditas quã ex rebus constans, & res furtiva persecutione tenus ad eum pervenerint, & quoniam ita pervenerint, taliter pervenisse sufficiat. Hanc doctrinam Schifourdigerus noster examinaturus primore loco (nempe *pag. 22. col. 2.*) profitetur propter obstructos ingenij sui meatus, (cen in alijs permũctæ naris interpres) eam cum melioribus interpretibus nondũ potuisse penetrare. In arte nostra o immaturi *studiorum, quid non difficile & mirum putetis?* Heres adita hereditate, ex re ablata non corpore tenus sed æstimatione tenus locupletiore, quæ ab alio non herede occupata sit, persecutione tenus tam cõtentum quàm continens acquisivit. Hæc acquisitio facit, vt vtrumque ad eum pervenisse non immerito consEatur. Quoniam apud se quis habere videtur, de quo habet actionem, *l. 143. de v. Sign.* Atque hoc est, quod Dominus dixit *d. cap. 18. in Membr.* aliud esse actionem dari in solidum tale, quod afficiat hereditatem solidam, quæ persecutione tenus pervenerit. Nam hoc casu propter juris intellectum hereditatis parti solidum ablatum posse adesse, seu inesse, multo magis solidæ hereditati. Nec aliunde toties repetita illa calumnia profluxit, quam ex hoc loco fortean, quasi ea Domini fuerit mens, *in solidum* accipi debere *in*

d. l. 9.

d.l.9. de Cond. furt. pro *solida hereditate*, aut *solidum* ablatum afficere solidam hereditatem semper, cum vnus aliquis est heres. Condictio si præsupponatur esse ex delicto, & non iure singulari excipiatur, abhorruit ab ea sententia non immeritò Dominus semper, tantùm abest, vt eam alibi docuerit. Quandoquidem absonum esset, vt diceret solidam rem ablatam afficere solidam hereditatem, & non in solidum dari. Quia enim non afficit solidam hereditatem eo quòd ex delicto fit, ea propter Dominus censuit non in solidum ablatum cõditionem furtivam adversus heredem competere. Quid? Adversarij, dum in *solidum*, hoc est, sive aliquid, sive nihil pervenerit, actionem hanc ex delicto adversus heredem concedunt, eo ipso ecquid aliud tradunt, quàm *solidum* ablatum adficere solidam hereditatem? Quid ita? Rem condictione furtiva petendam cum hereditate ex lege 12. tabularum inter heredes dividunt *ex d.l.9. de Cond. furt. iuxt. l. 6. C. fam. ercisc. l. 1. C. Si vn. ex plurib.* Quod si res furtiva ipsorum judicio hereditatem solidam non adficiat, cur eodem modo, hoc est, ex Lege 12. tabularum rei ablatæ condictionem dividunt? Ex lege, inquam, 12. tabularum, ex qua quod dividitur, aut hereditariũ est, aut adficit hereditatem, pro modo, quo est hereditarium, vel quo adficit

cit hereditatem. In ſolidum nimirum, ſi ſolidum eſt hereditarium, vel in ſolidum adficit hereditatem; pro parte verò quæ pervenit, ſi non in ſolidum eſt hereditarium, vel non in ſolidum adficiat hereditatem. In ſumma nihil attinet addere *de ſolida hereditate*, quoniam hereditarium quicquid eſt, vel adficit hereditatem, fieri non poſsit, vt non hereditatem ſolidam adficiat. Quid audio? non vult Schifordegerus *pagin.* 24. *col.* 2. propter rem ablata *ſolidam hereditatem heredi auferri*. Quàm ſuavis ſui Magiſtri defenſor. Heredem furis adita hereditate, ſive ſolvendo ſit hereditas, ſive non ſit, item ſive res furtiva ad eum pervenerit, ſive non pervenerit, Antonius Faber in ſolidum conditione vult teneri *iuxt. d. l. 9.* Amo te Schifourdegere, quem miſericordia tangit, vt nolis propter furtum defuncti heredi ſolidam hereditatem auferri *pagin.* 24. *col.* 2. *ferè in fin.* Quamvis magnā ea in re juris peritiā nō prodas. Nā ex veſtra ſententia in ſolidū adverſus heredem conditio furtiva ſi datur, ſive hereditas tam modica eſt, vt furtum non poſsit ſolvi, niſi hereditatem ei actor velit auferri, (imo ſive hereditas nulla ſit, ſive magna) in ſolidum heres conveniri poteſt. Adeò aditio eum obligat, & culpa, qua hereditatem adijt, quam repudiare fuiſſet ſatius, aut qua abſtinuiſſe debuiſſet, ſi ſapuiſſet.

CAP.

Cap. XV.

Hereditas quo sensu ad heredem pervenire possit auctior ex re furtiva, persecutione tenus.

ADversarius sive officium hoc meum sedulum judicet, sive molestum, stat sententia honorem Domini defendere. In superioribus tractatum est de casu, quo tam hereditas, quàm res furtiva vbi persecutione tenus ad heredem pervenerit, quid salvo juris tenore docere liceat. Nunc, si placet, eadem visione tractemus casum illum, quo quidem hereditas furis ad heredem pervenerit, res furtiva ne momento quidem ad eum pervenerit, tamen non perierit, sed ab alio injustè detineatur & persecutione tenus ad heredem pervenerit. Ac rectè dicimus, hoc casu rem furtivam ad heredem peruenisse. *l.* 15. D. *de Reg. jur.* Contra hîc insurgit Adversarius *pagin.* 25. *col.* 1. loquiturque inaudita, dum ait *inauditum esse in jure nostro vt furis heredes propter commissum furtum quid persequi possint.* Loquitur, inquam, inaudita, nedum, quæ apud Dominum extent, aut legere vspiam potuerit iste Blatero. Aut vbi scriptum: propter furtum vel defuncti vel suum heredi competere rei furtivæ persecutionem? Secta nostrorum temporum hanc sententiam

non patitur, aut quemadmodum Dominus pateretur hîc eam, perinde ac si sua esset? calumnia est. Nemo debet ex sua improbitate actionem consequi *l.* 12. §. 1. D. *de furt.* Fur vbi rem furtivam apud aliquem deposuerit, depositi actione ab eo eam potest consequi *l.* 1. §. 39. D. *depos.* Hîc exclamaret adversarius, *ergo propter furtum depositi actionem ei competere.* Nó est ita. Consequitur actionem depositi ex suo contractu depositi. Ea namque causa proxima est & immediata. Furtum est hoc casu causa remota, quæ minus attenditur. Iam à fure in solidum propterea condici res furtiva potest, quia rem alienam animo furandi contrectavit. Heredem verò ejus, qui rem eandem jure hereditario ad se devolutam animo furandi suppresserit, eum quoque quia furem, non tanquam furis heredem scimus ex proprio furto obligari, ideoque non tantùm condictione furtiva in solidum, sed etiam furti actione pœnali posse conveniri *arg. l.* 41. *in fin. Ad l. Aquil. l. vlt.* D. *de edend. l.* 9. D. *depos. l.* 9. *De. de Trib. act.* Atat de herede omnis nostra disputatio est, qui furtum ipsus non fecerit, & quia furi tantùm successerit, justè ignoret eum furem fuisse, justè existimet hereditariam rem esse, quæ sit aliena & furtiva *iuxt. l.* 42. *de Reg. jur. l.* 3. D. *pro herede.* Ad hujuscemodi heredem furis rês furtiva persecutione tenus pervenire

potest.

poteſt. Non quidem ex furto vel propter furtum, vt adverſarius exiſtimat, ſed vi ſucceſsionis, *pro herede*, non injuſtæ, *d.42. d.l.3.* prout in ſequentibus latiùs oſtendetur. Siquidem prius ex re fuerit, vt occurramus Adverſario, dum *pagin.25.col.1.* negat *perſecutione tenus hereditatem ex furto auctiorem ad heredem pervenire poſſe*. Negatio, quæ experientiæ & rationi obloquitur manifeſtiſsimè. Docere quod poſſem valde multis exemplis, proferam pauca. Ponamus furem furtiva pecunia prædium comparaſſe, quod ſibi legitimè traditum poſtea alius vbi iniuſtè occupaſſet, furem deceſsiſſe. Quæritur; an heres furis condictione teneatur nomine pecuniæ à defuncto ablatæ. Ratio dubitandi eſt, quod nihil furtivum *l.48.in fin.de furt.* ad eum pervenerit. Ratio decidendi eſt, perſecutione tenus auctiorem hereditatem ad eum perveniſſe propter actionem, quam habet adverſus prædij, cui pecunia ablata quaſi inſit, occupatorem, ideoque condictione teneri. Item rei furtivæ à fure vivo venditæ pretium manſerit apud emptorem, vel ad aliũ quàm heredem moriente fure pervenerit, quid an non eatenus perſecutione tenus auctiorem hereditatem perveniſſe ad heredem fatebimur? Item ponamus, furem rem, quam non nemini abſtulit, commodaſſe alicui, depoſuiſſe apud aliquem, lo-

caſſe

casse alicui, mutuo dedisse alicui, postea actutum decessisse. Nihil ad heredem his in casibus possessione tenus vel re ipsa pervenit. Auctior tamen persecutione tenus ad heredem hereditas eatenus pervenit, quatenus heres commodati habet actionem contra eum, cui res furtiva commodata est *l.* 16. D. *Comm.* depositi actionem contra eum, apud quem deposita fuit *l.* 1. §. 39. D. *depos.* Locati actionem contra eum, qui conduxit, *fac. l.* 9. §. *fin. de locat.* condictionem ex mutuo, adversus eum, qui mutuum accepit *l.* 9. §. 1. *de Reb. cred.* donec dominus rei furtivæ non supervenerit, & furtum furis, cui heres succesit, detexerit *fac.* D. *l.* 9. § *fin. l.* 7. *&* 8. D. *locat. l.* 44. *ibi reposcenti, in fin.* D. *de Acq. rer. dom.* quo casu cessis actionibus istis periculo petitoris, non iniquum sit heredem furis relinqui, *fac. l.* 30. *in fin. de her. pet.* sed quid si nolit heres furis actiones istas depositi, commodati, locati, mutui, cedere? utique persecutione tenus ad eum res furtiva pervenit & conveniri potest *iuxt. l.* 9. *de cond. furt.* Præsertim cum hactenus in bona fide est heres, atque in bonis habet, non solùm quæ dominij sui sunt, sed & quæ bona fide possidet, sed & quod actione aliqua persequi potest *l.* 49. *de r. Sign.* tum hactenus honesta ex causa ejus interest rem recipere *fac. l.* 76. §. 1. *l.* 11. *l.* 12. §. 1. *&* 2. D. *de furt.*

quam

quam existimat esse hereditariam *fac. l.* 3. D.*pro hered.* Syncera autem existimatio pro veritate tantisper habenda est, vt sit litium finis, *l.vlt.*D.*pro. Suo.* Non quidem habet publicianã, quandoquidẽ in ea color vsucapionis dominatur, §.*4.Inst.de Act.*quam res furtiva non recipit *l.* 11. §. 2. D. *de publ.* non habet rei vindicationem, non condictionem furtivam, quia titulo dominij destituitur, non denique habet petitionem hereditatis, quia res furtiva non sit hereditaria, quà res furtiva est species. Quid tum? ergo nulla alia actione heres furis persequi potest id, in quo ex re furtiva hereditas persecutione tenus auctior ad eum pervenerit? Ista conclusio est adversarij, quæ quàm infirma sit, jam apparuit satis, & exemplis multò pluribus ostendi posset, nisi modum posceret hæc nostra responsio, aliaque succederent, quæ tractatum habitura essent vtiliorem. Quid enim? hoc loco sufficit rectè dixisse Dominum, heredem furis condictioue furtiva teneri non solum, quatenus possessione tenus, vel re ipsa aliquid furtivum ad eum pervenerit, sed etiam, quatenus persecutione tenus auctior hereditas ad eum pervenerit, veluti res furtiva, si in pecuniam aliamvè rem conversa sit, & ad alium pervenerit mox cum morte furis; quia hanc, vtpote non furtivam, heres secure persequi posit

l.48.in fin.D.de furt. nihil amplius quærendum eſt, quando apud alium perierit, condictione tenebitur, licet res furtiva apud eum nunquam fuerit, quoniam perſecutione tenus ex re furtiva locupletior hereditas ad eum ſemel pervenerit *fac. l.18. D. Quot met. cauſ. l.26. D. de dolo l.127. de Reg. jur.* Vbi verò talis aliquis caſus exiſtit, in quo furtivum quid ex perſona defuncti perſequi non poſsit, non impedit, quò minus propoſitio ejus ſit vera in ijs caſibus, in quibus perſecutio vel rei à fure ablatæ, vel ejus, quo auctior hereditas ad eum pervenerit, heredi furis non denegatur. Neque eſt, quòd adverſarius criminetur *d. pagin.25. col.* 1. meliorem fieri non poſſe códitionem heredis, quàm fuit furis. Melior non fit heredis conditio in exemplis hic ſupra allatis. Interea auctor furti fuit fur, heres non eſt heres furti, atque eatenus melior eſt ejus conditio etiam in re furtiva, quia ſyncerè exiſtimat eam eſſe hereditariam. Huc ſpectat, dum ait Adverſarius *d. loc.* res furtiva *ſi ad alium quàm furis heredem pervenerit, heredem furis ad eam perſequendam furti actionem non habere.* Quaſi verò, etſi furti actionem non habeat, propterea nullam aliam habere actionem poſsit *vid. ſupr.* Quid ſi non furto ad alium pervenerit? non habet furti actioné. Ergo, inquit reprehéſor, nullá habet. Itane? Nugæ: Sed eſto, res

furtiva furto ad alium, quam furis heredem moriente fure devenerit. Emptor bonæ fidei, habet furti actionem *l. 12. §. 1. l. 74. de furt.* heres furis non est heres furti, vero ceteroquin heredis titulo munitus est non minùs, quàm ille titulo empti. In summa persecutor bonæ fidei est, de improbitate sua non consequitur actionem *iuxt. l. 12 §. 1. de furt.* Neque furi secundo impunitatem adferre debet furtum secundum *fac. l. 67. §. 4. D. de furt.* Quid dicemus? hoc nimirum, furi primo non furti actionem contra furem secundum acquisitum fuisse, ne lucrum faciat ex suo delicto, *l. 76. §. 1. D. de furt.* nedum hereditariæ rei furtum vt posset fieri *l. 68. D. de furt.* aut hereditati actio furti adquiri *l. 14. §. 14. d. tit.* Ratio juris, quæ ad tam vrgentes dubitandi rationes mihi vix occurrisset, nisi Dominus dubitanti succurrisset. Adhuc perges ei affingere, quæ non scripsit vspiã? quæ cogitavit nunquam? Si placet, deleamus igitur ista tua omnia unâ liturâ, & cõcludamus, actiones ex delicto descendentes & meram rei persecutionem continentes, lite cum defuncto non contestata, in heredes non dari, vltra quàm ex delicto defuncti ad eos pervenerit *l. vnic. C. ex delict. def. l. vlt. C. Rer. Am.* ejusque conditionis si condictio furtiva existat, dubitandum non esse, quin idem jus statui con-

 veniat,

veniat, vbi eadem ratio inveniatur, quemadmodum fusissimè sententiam istam Dominus exsequitur *libr.2.Horar.furtiv.* Tumultuari contra non oportet, sed ratiocinari.

CAP. XVI.

Condictio furtiva an morte tutoris quà furis iuxt. l. 9. in fin. l. 10. de Tut. & rat. distrah. interire possit, & quatenus.

MOllis est animus diligentis, & ad omnē sensum erroris argutus. Quæ negligentiùs tracto, cito marcent, vt rosa; quæ duriùs teneo, livent, vt Lilia. Vtinam prudentiâ quâdam mediâ absoluere possim hoc pensum. Ac quidem ad *l.* 9. *&* 10. D. *de Tutel. & rat. distrab.* deventum est. Video multa, quæ reprehenderit Reprehensor, pauca, quæ apprehēderit rectè. Re furtiva ante obitum furis omninò & omnimodò peremptâ condictio morte furis interit, si condictio hæc furtiva, de qua loquimur, ex delicto est, non ex alia causa, aut jure speciali aliam habens naturam. Post obitum furis si vel momento ad ejus heredem res furtiva corpore tenus aut pretio tenus pervenerit, condictione eum teneri non obscurum est *l.* 127.*de Reg. jur.l.2.* §.3. *de hered. vel act. vend. l.* 18, D. *Quod*

met.

met.cauſ. Sin apud alium interierit,& nunquam ad heredem pervenerit, intrepidè ſub exceptione duplici jam dictâ ſuſtinendum eſt, heredem furis condictione non teneri, ſed cum morte furis reſpectu heredis interiiſſe, *juxt. l. 9. & 10. de Tut. & rat. diſtrah.* Atque hæc Adverſarium noſtrum minùs plenè intellexiſſe memini *pagin. 21.* Tum lepidè quæſiſſe, *quis Domino renuntiarit rem furtivam ante mortem furis peremptam fuiſſe in d. l. 9. & 10?* quaſi verò interrogatione contraria & nobis vti non liceat, quis Schifourdigero revelârit, iſtos contextus intelligendos eſſe tam eo caſu, quo poſt obitum furis res furtiva perierit, quàm ante obitum furis. Hæc reſponſio ſummam habet æquitatem, & ſine cujuſquam indignatione juſta. Quis enim adſpernabitur idem jus ſibi dici, quod ipſe alijs dixit *arg. l. 1. D. Quod Quiſque iur.?* Aut immo, quoniam ambiguos intellectus admittunt *d. l. 9. & d. l. 10.* rapienda fuit occaſio, quæ præberet intellectũ juri communi adcommodatiorem *l. 168. de Reg. iur.* Quid ita? Ius commune dictat, actiones, quæ ex delicto deſcendunt, etiam, quæ merè rei perſecutionem continent, lite cum defuncto non conteſtata, adverſus heredem dari, in quantum ad eos pervenerit, non in ſolidũ, *l. vnic. C. ex delict. def.* Cum dixit Dominus, condictionem furtivam morte furis

 interire,

interire, præsuppoſuit ſemper ex delicto eam eſſe; aliàs aliud reſponderi debere nunquam inficiatus eſt. Inficiatur adverſarius ſcriptum reperiri *in d. l. 9. in fin. & d. l. 10. quod Cuiacius inde probari contenderit;* nimirum, *condictionem morte furis interire.* Quaſi verò vel ipſe Schifourdigerus eadem in pagina, qua Cujacio hac in parte contradicit, non Cujacio conſentiat. *vid. libr. 2. q. 14. pagin. 25. col. 2.* vbi recepto Cujacij intellectu, *& tamen,* inquit, *ICtus condictionem penitus extingui dicit in d. l. 10. adeò vt novam tutelæ actionem contra heredem impertiat.* Hei mihi, quanta memoria, aut quanta conſtantia. Antea multis ampullis negata Cujacio probari poſſe, quod hiſce verbis iterum pro probatione admittit. Immo quod plus eſt, admittit ex ſententia Pauli *in d. l. 10.* condictionem *penitus* extingui morte furis. Quid eſt τὸ *penitus?* id interpretatur, ſive aliquid, ſive nihil ad heredem pervenerit, alioquin nova tutelæ actio, non videri neceſſarium fuiſſe, vt ſurrogaretur. Mirus profectò Schyfordegerus es, *penitus* extincta condictione apud Paulum *in d. l. 10.* inde *ais* probari, quòd etiamſi aliquid ad heredem pervenerit, eatenus adverſus eum non duret. Immo inde quid ni probem ego, quandoquidem Paulus præſupponat condictionem morte furis extinctam *in d. l. 10,* ideo locutum

eum

eum censeri debere de ea facti specie, in qua nihil ad heredem pervenire potuerit. Ne aliàs condictio furtiva fiat merè pœnalis. In quem scopulum, fieri non potest quin durissimè impingat, qui ait morte furis condictionem citra istum adspectum *penitus* extingui. At hoc facit Schifordigerus non solùm *d. quæst.* 14. *pagin.* 25. sed & *quæst.* 15. *per tot. cap.* Brevis esse laboro, crassi isti & similes errores longum me faciunt, qualis & iste est, *d. pagin.* 25. *col.* 2. dum *ait novam tutelæ actionem extinctæ condictioni surrogari in d. l.* 10. Quis non rideret? Actio tutelæ ex lege 12. tabularum est *l.* 55. §. *i.* D. *de Admin. tut. l. i.* §. 21. *de Tut. & rat. distrah.* Lex 12 tabularum est jus vetus *l.* 1. *de hered. pet. l.* 2. §. 4. *de orig. iur.* Actio *vetus* ex jure veteri, est Schifourdigero actio *nova.* Novitate aures hominum delectantur. Næ ideo nova hac opinione nova tutelæ actio innovanda fuit. Bonum factum. Neque rectiùs, dum *d. pagin.* 25. *col.* 2. non ex aliqua imprudentia, vt fatetur, sed iterum & sæpius se dixisse dicit, *præter tutelæ ceteras actiones, inter quas & condictionem in d. l.* 10. *numerari agnoscit*, morte *tutoris* interire *in d. l.* 10. non verò scripsisse ibi Paulum, *morte furis eas interire. Quod longe diversum sit.* Ite nunc & a validissimo hoc pugile Fabriano vobis cavete Minorum Gentium interpretes. Paulus ponatur esse

tutor Sempronij pupilli, Paulus quà tutor & Paulus furtum fecit Sempronio, ſuo pupillo, & igitur fur eſt vtique tutor & Paulus. Cavete, ne hoc ampliùs tàm ſevere ſtatuatis. Audite Schifourdigerum hîc, ſi voletis. Docet ſubtiliſsimè, prout ipſi videtur, paulum eſſe furem, tutorem non eſſe furem, aut econtra. Aut, ne mentem ejus minùs adſecutus eſſe videar, proponã verba ipſa, ne ipſi injurius ſim. *Iterum & ſæpius dico, non ſcripſiſſe IC*tvm (in d. l. 10) *condictionem furtivam morte furis interire, ſed, quod longe diverſum eſt, morte tutoris interire.* Egregia ſunt hæc, & pluries poſtea *c.* 15. inculcantur, ſed igitur, ne ſibi adverſarius blandiatur, retinenda non ſunt. *Tutor condictione tenetur, non eſt fur, quia tutoris morte condictio extinguitur, furis morte non extinguitur.* Apage cũ ineptiſsimis hiſce tuis ineptiis: Quicunque furti tenetur, eſt fur: Tutor qui pupillo ſuo aliquid furandi animo ſubtraxit, furtum fecit, & furti tenetur, *l.* 33. *d. de furt.* Ergo quia fur eſt, & furtum fecit, condictione quoque tenetur *l.* 5. *de Cond. furt. l. vlt.* D. *vſufr. quemad.* §. 14. *Inſt. de Act.* non illo reſpectu, quo eſt tutor, aut conſervatoris, ſeu, quod idem eſt, tuitoris morte condictio expiraret, ſpoliatoris morte condictio conſervaretur. Parũ abeſt, quo minus dupondios advocem, qui Schifourdigero ſuppetias ferant. Tutor quà.

Tuitor

Tuitor condictione furtiva non tenetur, tantùm abest, vt ejus morte condictio possit interire. Sed quid hisce immoramur? subit querela, cur Dominus *Interpretes cum Fabro canibus ex Nilo bibentibus compararit in eo, dum Accursium secuti, condictionem ab actione furti & legis Aquiliæ separarunt.* Adeò familiare huic homini in malam rapere partem, quod in bonam bonis solemne interpretari. Non Fabrum aut interpretes nominavit aut accusavit Dominus, sed excusavit, vi istius proverbij, quòd, nimitùm, non data opera aut ex habitu, sed transitu nimis festino, ceu metu quodam insecuturi alicuius Crocodili, transierint ista legum capita, non raptis ista de humo aliis liliis, aliis rosis priusquam abirent. Sequitur alia repræhensio, dum *ais pagin.26.col.i.* a Domino *additam & inditam d. l.* 10. particulam *Hæ, quæ in nullis exemplaribus reperiatur.* Quid? in Lectione tui Fabri eum fuisse probabile est, vtpote ad hunc locum istâ particulâ vsi, 4.*coniect.* 1. ac si adscripta esset. Tum etiam in Glossis Accursianis observavi eam positam è regione contextus in exemplari, quo vtebatur Dominus, hinc fortean incuria & festinatione exscriptoris ceu canis ex Nilo bibentis in Membranas irrepsit, non cura aut voluntate auctoris. Deleatur, & immo idē sensus, tamen etsi absit. Ais *d. pagin.* 26. *receptam lectionem non*

tam confidenter immutandam esse citra vllam ejus rei significationem. Rectè: jam excusationem audivisti aequissime Schifourdigere; non istam fuisse mentem, vt aliquid adderetur, vel tolleretur. Alienissimus est Dominus, vt tute non ignoras, à pruritu eorum, qui *correctores* dici adfectant. Et quoniam noluerit lectionem mutare, aut mutari, næ ideo nullam ejus rei significationem fecit, næ ideo more tui Fabri super Triboniano non triumphavit.

CAP. XVII.

Condictio furtiva an omnino & semper morte tutoris intereat, si ex delicto est; tū an in herede tutoris quà furis aliud juris sit, quā in alio cujusvis furis herede.

ITa est. Nemo potest ad suum jus stabiliendum faciliore & commodiore judicio pervenire, quàm nova lectione excogitata. Oraculum est, & in validissimo hoc Fabri defensore singulare, laudabile & imitabile judicium, quo oraculum hoc pronuntiat *d. pagin.* 26. Depravatores sunt, non emendatores qui receptas lectiones pro lubidine commutant. Ac nescio, quid sit acuto calamo Fabrum monere, si hoc nō est, nimirum, vt non tantùm ab extraneis, sed vel à Domesticis suis seriò intelligat,

quo

quo tandem iſta adverſus Tribonianum tumultuandi licentia, prætextu lectionis non bonæ, euaſura ſit. Expergiſcere vir Acutiſſime, corrige correctiones tuas, & receptæ literæ ſuum priſtinum decus reſtitue. Aut is, qui à manu tua defenſor hîc audit, non ſine ratione timere videtur, *ne ex illis, quos per illum inceſsis, alij vt timidiores latrent aliquādo vehementiùs: plures vt iracundiores mordeant acutiùs; omnes vt oſtiarij te ab iſta receptas lectiones damnandi temeritate arceant vnanimiter.* Augurium, quod tuis auſpicijs, defenſoris tui verbis exprimitur *d. pagin.* 26. *col.* 1. cur hæc tam latè? Præfatio miſſa ſit. Ait Adverſarius *d. pagin.* certò *adſeverari non poſſe, Paulum in d. l.* 10. *de tut. & rat. Diſtr. locutum de omnibus iſtis actionibus, quas Ulpianus recenſuit in l.* 9. *in fin. d. tit.* Quæro, cur non multò probabilius de omnibus, quàm de omnibus excepta vna condictione, cum excepta non ſit. Conjunxit Faber *d. l.* 9. *cum d. l.* 10. & immo Adverſarius noſter quoque *ll. iſtas* connectit. Ergo ſalva res eſt. Ait verba illa, *quamvis morte tutoris intereant,* ſi generaliter etiam de condictione furtiva ſunt exaudienda, *neceſſarium fore vt omni caſu condictio morte furis intereat, nec magis ſalva eſſe poſsit defuncto fure cum aliquid ad heredem pervenerit quam ſi nihil.* Conſequētia hæc quàm falſa ſit, vel hinc apparet. Iudicio Schifourdigeri (etſi hac in parte non ſano) furti

actio

actio adversus heredem datur, de eo, quod ad eum pervenit, *vid. supr. quæst. 9.* item juris est non incogniti, actionem Legis Aquiliæ eatenus non negari, *l. 33. §. 8. D. Ad l. Aq.* Ergo adversarij authoritate & periculo verbum pluralis numeri, *intereant,* de vna injuriarum actione prædicaretur in *d. l. 10.* Hoc autem quàm improbabile? Ait porro *d. pagin. 26. actiones illas, de quibus agitur in d. l. 9. §. fin. & d. l. 10. semper morte furis interire, non aliquibus casibus.* Quid enim particula *semper* si addita & inserta foret, diceres aliquid; nunc nihil. Aut actionem l. Aquiliæ cur non igitur eijcis ex *d. l. 9. §. fin.?* vtique illa similiter non interit, in quantum ad heredem pervenerit *d. l. 33. §. 8.* Ceterùm ais non necessum fuisse, *vt particula,* semper, *adderetur, quoniam si morte tutoris intereant actiones, toties extinguantur, quoties tutor rebus humanis fuerit exemptus.* Immo quæritur, an semper intereant, hoc est, vtrũ eo etiam casu, quo ad heredem aliquid pervenit. Idipsum eo modo non probatur. Ait *d. pagin. 26. col. 2. actiones in d. l. 9. in fin. relatas morte tutoris semper interire, iuxt. d. l. 10. cum si contrarium ICtus voluisset, saltem vnum casum denotâsset, ne alioquin omnes casus videretur complexus.* Valde bene: exemplum actionis ex l. Aquilia positum in *d. l. 9. §. fin.* clarè demonstrat, morte tutoris semper & sic eo quoque casu, quo aliquid

ad heredem pervenit, omnes actiones istas non interire *d. l.* 33. §. 8. *Ad. l. Aquil.* Item negat *d. pag.* 26. *col.* 2. *reperiri conjunctionem istã in d. l.* 10. *quæ extat apud Vlpianum in d. l.* 9. §. *vlt.* Falleris: in verbo, *intereant*, quo vtitur Paulus, cernitur eadem earundem actionũ conjunctio. Aliàs furti & injuriæ actiones interirent tantum, non omnes ibidem relatæ. Item ait, verba illa *quamvis morte tutoris intereant*, quandoquidem non possint *referri ad condictionem furtivam*, *frustra ei substitui novam tutelæ actionem.* Næ Euripo iste homo mutabilior. Antea condictionem adnumeravit passim istis actionibus, quas Paulus dixit morte furis posse interire, in *d. l.* 10. nunc denuò disiungit. Ac obsecrò qua tandem probabilitate condictioni, etsi ab illis ceteris actionibus disjungeretur, male substitueretur tutelæ actio? Immo eò magis substitui tutelæ actionem oportuit. Condictio enim si ex delicto est, probabilius est, vt morte tutoris intereat magis, quàm judicium tutelæ. Quid ita? non nova hæc actio est, vt Adversarius somniat, sed bene vetus, *vid. supr.* Tum ex quasi contractu est, & proinde ad agendum cum herede durantior, quàm cõdictio, si ex delicto est. Quid audio? Adversarius non negat, sed pernegat *quæst.* 15. *pag.* 27. *col.* 1. *actionis furti & condictionis furtivæ eandem esse conditionem in persona tutoris, ac in ceteris furibus.* Dogma

omnibus

omnibus omnium Doctorum pedibus explodendum. Etenim ficuti depositarius, cujus fides electa est, si in fide fallit, plus infidelis est, quàm alius quispiam, in cuius fide depositor non acquieverit. Ita tutor propter præstitum fidelitatis juramentum, si eo neglecto pupillare quid animo furandi abstulerit, fur quodammodo improbior est. Quinimo non minus infamia notatur tutor tutelæ damnatus, quàm fur furti damnatus *l. 1. de his qui infam. not.* Tantùm abest, vt mitius tractaretur tutor, qui furtum pupillo suo fecit, & verè est fur, quàm fur alius, qui alij furtum fecit. Et tamen vt probet Adversarius, quod ponit, digna res est quæ examinetur per partes. Ait *d. pagin. 27. col. i.* in furibus ejusdem rei pluribus *non propterea concedi cæteris pœnæ deprecationem, quod actione furti ab vno exacta sit pœna l. 1. §. fin.* D. *Si is qui test. lis. Ex diverso in tutoribus, qui rem pupillarem furati sunt, sufficere si vnus satisfecerit, & sic ceteros liberari per l. 55. §. i. d. de Admin. tut.* Atque hæc prima probatio est, in qua gravissimè & manifestissimè labitur. Siquidem probabit nũquam in tutoribus pluribus eiusdem rei pupillaris furibus propterea ceteris esse pœnæ deprecationem, quod actione furti ab vno exacta sit pœna. Tryphoninus *in d. l. 55. §. i.* quam allegat, non de actione furti loquitur, sed de actione rationum distra-

ſtrahendarum ex lege 12 tabularum, *vid.* Azon. *ad l. i. C. de Cond. furt.* Hæc in duplum competit, cui res ipſa inſit *l.* 2. *§. fin.* D. *de Tut. & rat. diſtr.* vt mirum non ſit, cum tutor hac actione non conveniatur vt fur, ſed vt tutor, ſi ex pluribus vnus duplum præſtiterit, reliquos liberari ex ea ratione, quòd pupillo nihil tunc abſit *d. l.* 2. *§. i.* In actione autem furti meritò aliud eſt, quoniam agitur in ea de ſola pœna, quâ præſtitâ, abſurdum non ſit, rem ipſam aut eius æſtimationem adhuc condici *l.* 7. *§. i.* D. *de Cond. furt.* Neque ab imprudentia hîc error fuit. pergit Adverſarius *d. pag.* 2. 7. aitque *in alijs furibus, ſi dominus conſecutus fuerit poenam dupli vel quadrupli, nihilominus ſalvam eſſe condictionem ad rem ipſam vel eius æſtimationem recipiendam l.* 5. *de Calumn. l.* 7. *§. i. de Cond. furt. l.* 48. *in princ. l.* 54. *§.* 3. *de furt. Hoc autem fallere in tutore, qui rem pupillarem furatus eſt per d. l.* 55. *§. i.* D. *de Admin. tut.* Equidem neſcio, vtrum ſcriptori an auctori ſuccenſerè hîc debeam. Teſtatur Ant. Faber in epiſtola ſua hiſce operis præfixâ, vidiſſe ſe & revidiſſe, quicquid in iis ſcriptũ eſſet; conviciis contra receptam reverentiam excipi eos, qui nomen eius non ſine laudis mentione vbique celebraverant, juris & juſtitiæ, cui præeſt, immemor non prohibuit, errores pluſquam pragmaticos non emendavit errorum & pragmaticorum

hostis. Cui bono ista revisio? Hæc dico, dum accipi video verba hîc illa *in d.l.55.§.1. Nemo tamen dicet vnum tutorem & duplum hac actione præstare & quasi specie condictionis aut ipsam rem aut ejus æstimationem, &c.* ac si de furti actione exaudire nobis ea liceat. O errorem Schifourdigeri, loquitur namque Tryphoninus *in d.l.55.§.1.* de Actione rationum distrahendarum ex Lege 12 tabularum in duplum, cui insit res ablata, *l.2.in fin.D. de tut. & rat. Distrah.vid. supr.not.prox.* non de furti actione vt ista accipi vllo colore aut valeant aut debeant.

CAP. XVIII.

Tutorem quà furem eidem odio obnoxium esse, cui quilibet fur subjectus iuxt. §. 14. Inst. de Act. proinde in vtriusque herede aequale jus eatenus administrari.

Amarum colludium est, vt cum altero alter expostulare cogatur. Si veritatis amicus es, doctissime Schifourdigere, non te latere potest, in culpa quis prior. Et tamen veniam cum petieris, impetrabis facile. Sed cur aequis tecum conditionibus ago? mea melior & antiquior causa est. antiquior: quatenus defendere gestio illustris recordationis Cujacium; melior, propter novam novi Domini distinctioné,

juxta quam lis integra secundum juris principia deciditur. Sin adhuc refractarius es, audi porro, quàm in examine hoc pericliteris. Iniquior in Dominum fuisti hac in materia, ceteroquin odio nullo, quod testari possum, ingenia talia, nedum tuum prosequitur;ais, *pagin.27. col.1. quòd adversus tutorem actio furti, vt & condictio furtiva competant, illud nullo ejus odio inductum esse* Fabrilis, sed insuavis & summè acerba hæc vna est, quam ex vinea Papinianæa exulare jussit Dominus *1.horar.furt. 12.* Aequum quidem est, vt quod ad heredem pervenit, ei extorqueatur,sed actionibus id fieri potest,& debet, eam naturam habentibus *l.5. de Calumn.* Actio furti merè pœnalis est, *vid. Domin. d. loc.* Fateor, aliud esse,si super furto lis cum fure fuerit contestata. Eo namque casu certo certius est, furis heredem in solidum teneri, non de eo tantùm, quod ad eum pervenerit *l.26.de obl.& Act.* Tum præsupposito isto termino, qui ad id vnicè habilis, intelligi debet *l.6.§.2.D. de his qui Not.infam.* ais *d.pagin.27. col.1. in fin.* actionem furti *in heredem tutoris, qui durante tutela furandi animo aliquid moverit, etiam tunc dari non posse,cum lis fuerit cum tutore inchoata.* O me. Quis te erudijt in hac nostra disciplina? revidit tua vir doctissimus; & hæc tua non vidit? contra notissimas juris nostri regulas ista ebullis *vid. l. vlt. §.1.D.*

de fideiuss. Tut. l. 1. C. de hered. tut. d. l. 26. l. 33. de obl. & Act. l. 164. de Reg. jur. Leve quidem videtur, dum ais *d. pagin. 27. col. 2. pupillum cum tutore posse litem ex causa furtiva incboare.* Sed cautiùs loquendum propter dupondios, ne te relegēt *ad l. 9. §. 4. §. 6. l. 10. de Tut. & rat. distr. l. 1. §. 2. de Adm. tut. tot.* Tit. *C. de his qui legit. pers. stand. in iud.* Ais *d. pagin. 27. col. 2.* heredem tutoris, *qui rem pupillarem durante tutela abstulerit posse nulla alia actione conveniri quàm tutela ex l. 1. C. de hered. tut. l. 7. C. Arbitr. tut.* Erras. Immo etiam lite cum tutore non inchoata, quod ablatum fuerit a tutore, condicetur ab ejus herede, actione de rationibus distrahendis repetetur, ad exhibendum cum eo agetur & vindicatione, si rem ablatam habeat *l. 2. de tut. Rat. Distrah.* Non agitur de Tutore fure *in d. l. 1. C. de her. tut.* multò minus vt negetur ejus heres alia actione posse conveniri, quàm tutelæ. Adhuc pede hoc claudicante pergis, & ais *d. pagin. 27. col. 2.* si tutor, *qui furatus est, non alio judicio quàm tutela conveniri possit iuxt. d. l. 1. C. de hered. tut. non aliud contra ejus heredem intentari posse.* Rectè. præsuppositum namque est falsissimum *vid. not. prox.* Ais *d. pagin.* ceteros heredes *in vitia etiam defuncti succedere l. 11. de divers. & temp. praser. heredes verò tutoris in nulla vitia succedere.* Dogma falsissimum.

Heres

Heres in omne jus defuncti succedit, & ignoratione sua defuncti vitia non abolet *iuxt. d. l.* 11. eo nimirum sensu, quo vitium rei obstiterit defuncto, quo minus res vsucapi posit, eo vt intelligamus idẽ vitiũ impedire, quo minus heres eã vsucapere posit, *d. l.* 11. *conf. §.* 12. *de Inst. de vsuc.* Exempli gratia. Res furtivæ pupillares, publicæ, vi possessæ, contra Legem Repetundarum præsidi donatæ, habent in se vitium, ob quod non magis ab herede quàm defuncto posint vsucapi *l.* 48. *in princ. &* *§.* 1. D. *de Acq. rer. dom. l.* 10. *Quemad. serv. am. l.* 6. *de vsucap. & vs. §.* 12. *Inst. eod. tit.* Quàm vellem juvare te hoc loco Amicissimè Schifourdigere, si possem. Si doctrina tua vera est, (quomodo vera esse posset, quam nullo legis alicujus aut rationis bonæ testimonio confirmas,) heredem tutoris in nulla vitia succedere. Ecquid hoc aliud est, quàm non esse eum heredem? Ecquid hoc aliud est, quam res furtivas, pupillares, vi possessas, publicas, contra legem repetundarum donatas, posse eum vsucapere? Error intolerabilis. Item ais *d. pagin.* 27. *col.* 2. *in fin.* heredem tutoris *in tutelam non succedere. Ergo non in vitia.* Quasi verò non omnis heres sit vitiorum successor *l.* 11. *§.* 2. D. *de publician.* ergo heres quoque tutoris. Quid enim ponamus, tutorem non habuisse justum posidendi

 initium,

initium, heredi vtique licet ignoranti possessio non prodest §.12. *Inst.de vsuc.* Ergo succedit in vitia. Quinimo quo sensu succedit heres tutoris in aes alienum defuncti, eodem intuitu in vitia defuncti succedit *l.2.C. de fruct.& lit. expens.* Non succedit in aes alienum pupilli, cujus tutor fuit defunctus, cui succedit. Ita nec in vitia rerum, quæ pupillo propriæ. Quid mirum? pupillo non succedit, nec in tutelam igitur, sufficit & rectum est, si tutori quà cuivis defuncto succedat, non quà tutori. Quid? vt probet Adversarius *heredem tutoris nulla alia actione conveniri posse quàm tutelæ*, ait *pagin.28.col.1.in princ.* cum herede tutoris *non ex contractu, puta fidejussionis, sed ob tutelam tantùm agi permissum in l. 69.D.de fidejuss.* pessimè: Casus namque proponitur *in d.l.69.* in quo fidejussione sublata, qua tutor patri pupilli obstrictus fuerat, idē tutor & ejus heres nihilominus tutelę dicātur obstringi. Hinc generaliter Schyfordegerus infert: ergo tutoris heredem ex contractu non obligari, sed semper tutelæ. Itane? Dupliciter errat; quid enim si semper tutelæ obligaretur, succedere eum in tutelam fatendum esset; id quod mens sana vt fateatur, fieri tamen nunquam posse sperandum est. Item ait *pag.27.col.2.fer. in fin.* heredem tutoris *in nulla vitia succedere, sed duntaxat in aes alienum.* Quasi verò, qui in aes alienum de-

functi succedit, non in vitia quoque succedat. In peccata defuncti nullus heres succedit, in rerum vitia omnis successor. De rerum vitijs agitur *in d.l. 11. de div. & temp. præscr.* Ignosce mi Schifourdigere; si rotundiùs loquor. Alibi vir aliquis es, in hisce puer pubertati proximus. Nam & fateris *d. pagin. 28. col. 1. in princ.* heredem tutoris succedere in aes alienum, quod ob tutelam defunctus debuit. Quod ipsum ecquid aliud est, quâm heredem tutoris succedere in tutelam tutoris? nisi intelligas illud aes alienum, quod ob tutelam male administratam pupillo debeat. Et hoc magis est *l. 1. §. hanc actionem D. de tutel. l. tutelæ C. Arbitr. tut.*

CAP. XIX.

De herede tutoris; quemadmodum tutori defuncto succedat, latè disseritur: detectis octodecim Adversarij erroribus.

ADversarius ingenij sui copiis hac in materia quâm acerbè vsus sit, sales ejus testantur. Absque eis fuisset; errores non tam graves fortean dedisset. Ergò adeò heic te adpello vir Acutissime, vt cum ignorantia defensoris tui seriò condoleas. Tam pauca heic dicit, quæ *bonus animus & syncera natura possit amplecti. Exempli causa vnum accipe, de quo reliqua coniectes.* Ait *pagin.*

28. *col. i. lin.6. & 7.* heredem tutoris *non succedere in contractum vel obligationem ex contractu, quem defunctus, cui succedit, celebraverit, sed duntaxat in solum aes alienum defuncti.* Quasi verò non ordinarium sit ex contractibus venientes actiones in heredes dari, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit *l. 12. l. 49. de obl. & Act.* viden? Prudentes primore loco heredem tutoris ex quasi contractu tutoris etiamsi dolo contraxerit, teneri non dissimulant *d. l. 49. conf. l. vlt. §. i. de fideiuss. tut.* Contra prudentes negare id ausus est hoc loco adversarius. Magna imprudentia. Quin imo fatetur heredem tutoris succedere in aes alienum defuncti. Ergo vtique & in contractuum jura seu obligationes. Iterum ait *d. pagin.* 28. ex eo *quod furandi animo tutor abstulit, & ad heredem suum pervenit, adversus heredem tutoris non aliam esse actionem quàm tutelæ.* Error jam pluries profligatus. Nam præter tutelæ, competit condictio furtiva, ad exhibendum actio & vindicatio *l. i. de privat. delict. l. 2. §. i. de Tut. & rat. distrah. l. 2. in fin.* D. *vi bon. rapt. l. 7. §. i. de Cond. furt. §. 14. & 18. Inst. de Act.* Item ait, *d. pagin. lin. 18.* non mirum videri debere, *etiamsi doceat actionem furti negari adversus furis heredem, quamvis lis fuerit cum defuncto contestata.* Heus tu, vin quid velim? te tacere. Principia lædis,

dis, hoc eſt, notiſsimas regulas, dum dictant etiam in judicio cum herede tutoris litis conteſtatione pœnales actiones tranſmitti ab vtraque parte, & temporales perpetuari *l. vlt. §. i. de fidejuſſ. tut. l. 26. l. 53.* D. *de obl. & Act. l. 1. C. de her. tut.* Item ais *d. pagin.* actionem furti *adverſus heredem furis dari in id, quod ad eum pervenit, ſed hoc caſu tutelæ judicio pupillum non minus conſequi ab herede tutoris, igitur ceſſare furti actionem.* Agnoſco in hiſce errorem illum intolerabilem, & jam toties profligatum, adhuc continuari, nimirum actionem furti merè pœnalem adverſus heredem dari de eo, quod ad eum pervenit. Apage. Certior Cynoſura nos ducit. Ais *d. pagin.* 28. *col. i.* in aliis furibus quàm tutoribus *extincta ſemel per mortem furis furti actione, nullam amplius ſupereſſe domino actionem ad rei ſuæ recuperationem.* Erras: immo ſupereſt condictio furtiva, Actio ad exhibendum, & rei vindicatio *l. 7. §. i. l. vlt.* D. *de Cond. furt. §. 14. §. 18. Inſt. de Act. §. vlt. Inſt. de obl. ex delict.* Tantum abeſt, vt in herede tutoris ſit ſingulare, quod in quovis herede eſt vulgare. Quid audio? Quoniam defuncto fure, domino rei ſurreptæ jus ſuum ad furti actionem inſtituendam non duret, *inde ait Adverſarius validè probari, actionem furti contra tutoris heredem, etiamſi aliquid ex cauſa furtiva ad ipſum pervenerit, non dari.* Mirabile pro-

bationis artificium; modò in Syllogismum non contrahatur, aut nimium rubêres. Actio furti adversus heredem furis nunquã datur, nisi lis cum defuncto fuerit contestata. Ratio est, eo quod merè pœnalis sit. Hæc ratio facit, vt adversus heredem naturâ non detur, sive aliquid ad eum pervenerit, sive nihil. Adversarius vult illud esse speciale, quòd actio furti adversus heredem tutoris quà furis non detur, etiamsi aliquid ad eum pervenerit. Dominus meus vult esse generale tam in ceteris furibus eorumque haredibus, quàm in fure tutore ejusque herede. Adversarius nullis legibus, nulla ratione firmat infirmam istam suam opinionem. Solidè Dominus sententiam suam Legum & rationum authoritate confirmat, 1. *horar. furt. c. 12.* Item ait Adversarius *d. pagin.* 28. *col. i.* si actio furti morte tutoris interit, *negari non posse, quin ad eius heredem aliquando etiam quid pervenerit.* Iterum egregia probatio, sed nullam video consequentiam. Quod in furis patrimonium sic pervenit, vt certum sit ad heredẽ perventurum, veluti si debitor liberatus est, hoc demum rectè præsupponitur ad heredem perventurum *l.* 20. D. *Quod met. caus.* Actio verò furti tamenetsi morte tutoris intereat, non inde probatur magis, aliquid ad ejus heredem perventurum, quàm non perventurum, sed vtrumque incertum,

certum plane eſt, & ab eventu dependet. Item ait *d.pagin.28.col.1.* ab herede tutoris *pupillum per actionem tutelæ non minus conſequi, ac ſi furti actionem intentaſſet.* A ratione & jure prorſus exorbitat. Per actionem tutelæ id duntaxat, quod ſibi abeſt, pupillus conſequitur: per actionem furti pœnam dupli aut quadrupli. Longe plus itaque per actionem furti conſequeretur. Item ait, *d. pagin. 28. col.1. in fin.* pupillo *per actionem tutelæ conſecuto id, quod ſibi abeſt & ad heredem tutoris pervenit, quòd actio furti hoc ipſo ſi duraret, extingueretur.* Deſine jus noſtrum adſpicere: meris erroribus ex cerebro certis præceptis nondũ imbuto nos fatigas. Immo tutelæ conventus tutor furti actione non liberatur. Nec enim eadem eſt obligatio furti ac tutelæ, vt quis dicat plures eſſe actiones ejuſdem facti, ſed plures obligationes. Nã & tutelæ & furti obligatur, *l.1.* §. 22. D. *de Tut.& rat. diſtrah.* Quid? inſtituta conditione, actio furti non tollitur *l. 7.* §. 1. *de Cond. furt.* Inſtituta denique actione de rationibus diſtrahendis, actio furti non extinguitur *l.2.* §.1. *de Tut. & rat. diſtrah.* Quantò minus inſtituta actione tutelæ extinguetur actio furti *fac.l.54.* §. 3. D. *de furt.* Item ait Adverſarius *d.pagin.28. col.2.in fin.* aliam eſſe *ſucceſſionem heredis in tutelam aliam in ceteris rebus. Atque inde petendam eſſe rationem diverſitatis, cur condictio morte furis tutoris*

intereat;in ceteris furibus non item eorum morte intereat. Argutum inventum,ſed ex agro.Aut quæ iſta tui ingenij ſubtilitas Amice, aliam eſſe ſucceſsionem in tutela? Immo non aliqua aut alia, ſed nulla eſt ſucceſsio heredis in tutela,quamvis ſi executus ſit, quæ tutor inchoavit, tutelæ etiam eo nomine teneatur, *l.6.de Adm.tut. l.1. de fidejuſſ. tut.* adhuc ſuccedere hoc non eſt. In rebus à tutore furandi animo ablatis,heres tutoris eodem modo ſuccedit, quo cujuſlibet furis heres ſuccedit. Calcitras contrà, probas nihil,erras perpetuò. Item ais *d.pagin.* 28.*col.* 2. ICtos in tutelæ judicio *non tam fuiſſe ſollicitos, quot & quas actiones pupillo adverſus tutores darent,quàm illud inſpexiſſe ne pupillo quid abſit.* Immo ſi vſpiam ICti fuere ſolliciti, in negotijs profectò pupillorum fuere,ne actionibus deſtituerentur. Accuſationem *ſuſpecti*, actionem *tutelæ*,actionem *protutelæ*, adſpiciamus vt & actionē cautionis, *rem pupilli ſalvam fore l. 1. l. 3.§.vlt.* D. *Rem.pupill.ſalv. l. 19.& l. ſeq.* D.*de Reb.auth. ind.poſsid.* actionem item ex edicto, *Quod falſò tutore autore geſtum l.1.* D. *Quod falſ.tut.* actionem *de Rationibus diſtrahendis.* Actionem denique ſubſidiariam adverſus Magiſtratus ob non exactam ſatiſdationem §.2. *Inſt. de ſatiſd.tut. tot. tit.*D.*et. C. de Magiſtrat. conv.* cui bono omnes has actiones in vna tutelari materia introduxerunt, ſi non pupilli

pilli

pilli bono, ne si actionibus destituerētur, aliquo damno adficerentur. Adhuc ais *d. pagin.* 28. *col.* 2. *in fin.* non necesse fuisse vt pupillo plures actiones concedantur, ne pluribus judicijs aut litibus distringatur, cum vna posſit sufficere. Pape. ipsis prudentibus fies prudentior. Prudentes in alijs materijs plerumque ex vnaquaque obligatione introduxerunt vnam actionem. In tutelæ judicio tam liberales fuerunt in dandis actionibus, vt ex vna obligatione duas actiones concesſerint, tutelæ nimirum, & de Rationibus distrahendis *l.* 1. §. 21. *de tut. & rat, distrah.* præter alias, quæ toties jam nominatæ *vid. sup.* Adhuc ais *d. pagin.* 28. *col.* 2. *in fin.* non furis tutoris *sed aliorum furum odio receptum esse, vt pluribus actionibus etiam contrarijs teneantur.* I*dque favore domini, vt quod vna actione consequi non potest, alia consequatur.* Hem: an pupillus non sit rerum suarum, quas tutor animo furandi abstulit, Dominus? Quod si cujuslibet domini iste favor sit, quanto favorabilior esse debet favor domini illius, qui adhuc pupillus. Proba (& eris mihi magnus Apollo) aliqua ex Lege (rationes quas produxti hactenus, rationes non sunt, sed errores) odio ceterorum furum illud receptum esse, non in specie furis, qui tutor sit. Quid audio? ais *pagin.* 29. *col.* 1. tutorem, *qui animo furandi rem pupillarem abstulerit, verè*

furtum

furtum non facere. Oscitantia intolerabilis, aut potius judicij defectus. Tutorem, qui animo furandi rem pupillarem abstulerit, verè & plenè furtum facere scriptum est *in l. 33. D. de furt. l. 1. §. 22. l. 2. §. 1. l. 9. in fin. l. 10. D. de Tut. & rat. distrah.* Ais, *d. pagin.* tutores propter commissam administrationem *non tam invito Domino rem contrectare videri, quàm perfidè agere l. 55. §. 1. D. de Administr. tut.* Respondeo, proponi casum *in d. l. 55. §. 1.* an tutores, qui rem pupilli sint furati, ea actione, quæ ex Lege 12. tabularum *de Rationibus distrahendis* in duplum concepta est, singuli in solidum teneantur. Respondit Tryphoninus addita ratione, cur ita responderit, nimirum quòd ob admissam administrationem in actione de rationibus distrahendis (qui enim hac actione agit contra tutorem, administrationem ejus admittit, non merè aut verè furti accusat) tutor non tam invito domino pupillo contrectare videatur, quàm perfidè agere. Aliter quàm cum actione furti convenitur, vtpote in qua totum facit mentio furti, omissa perfidæ administrationis mentione. Doces porrò *d. pag. prox.* tutorem *minus posse rei pupillaris furtum facere, quia domini loco habeatur l. 56. §. fin. D. de furt.* Graphicæ nugæ: Quoad providentiam pro pupillo domini loco contra alios est *l. 27. de Admin. tut. l. 7. §.*

tutor

tutor D. *pro empt.l. 56. §. fin.* D. *de furt.* Cum furatur aliquid pupillo non providet pro pupillo contra alios, sed cōtra pupillū peccat. Ac adeò cōtra pupillum hoc casu si esset domini loco, esset pupilli loco contra pupillum, hoc est idem pro eodem contra eundem. Terribilis absurditas. Doces *d.pagin.* Tutorem *furti teneri, nec tamen verè furtum facere.* Inauditum ex inaudita Iurisprudentia mysterium. Item ais *d. pagin.* furti aliquem *teneri posse, qui non sit fur.* Eodem istud pertinet, atque ex ignorantiæ abysso Theorema est. Ille, cujus ope & consilio furtum factum fuerit, etsi principaliter furtum fecisse alius ille, cui opem tulerit, rectè dicatur; tamen propter adhibitam opem, (vtpote quæ non secundum animi propositionem solam, sed cum aliquo actu enuntiatur, *fac. l. 225. d. V.S.*) & furtum interpretatione juris fecit, & fur est & furti tenetur *§. interdum Inst. de obl. ex malef.* Furtum aliquis facere potest, & furti non teneri *l. 1. D. de act. Rer. Amot. l. 17. D. de furt.* non item furti aliquis teneri potest, qui furtum non fecerit. Eaque Cujacij sententia si fuit, verissima fuit. Clarè Vlpianus, *in l. 36. §. 1. D. de furt. eum,* inquit, *qui filio vel servo, vel vxori opem fert furtum facientibus, furti teneri placuit, quamvis ipsi furti actionem non conveniantur l. 36. §. 1. D. de furt.* Multo magis, si opem quis

tulerit

tulerit ei furi, qui furti tenetur. Neque ista valde dubia sunt.

CAP. XX.

Ex furto filijfam. vel servi quod ad patrem vel dominum pervenit, patri vel domino quemadmodum condici possit, vel actione de peculio ab ijs recuperari juxt. l. 4. l. 19. De cond. furt. l. 3. ∬. 12. de pecul.

EDitionis claritudine in os hominum venimus, clarissime Schifourdegere. Satisfaciendum est exspectationi. Quàm in hoc capito ei satisfeceris, explorãdum est. Negas *quæst.. 16. pagin. 29. col. 2.* patrem, *in quantum locupletior factus est ex furto filijf. condictione furtiva in peculium* teneri. Per quam regulam: ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari *l. 58. de Reg. jur.* Condictio furtiva non est pœnalis actio. Igitur quid ni eatenus in patrem detur? dari eam eatenus, expresso contextu scriptum est *in l. 19. de Cond. furt. l. 3. §. 12. D. de pecul.* Adhuc auden negare? provocas ad juris vestri Magistrum, qui hoc jam ante docuerit. Vestri istius juris nulla nobis dulcitudo est. Aut jus *nostrum* si tibi sit idem, quod commune nobis est & Romanum *inxt. §. 2. Inst. de iur. Nat. Gent. & Civil.*

non

non est is, quem designas, juris nostri Magister Noster; multò minùs Legislator. Errare potest. Ais *d.pagin.29.col.2.in fin.* apud Vlpianum *in l.3.§.12. D. de pecul.* quæri an *in patrem vel in Dominum de peculio danda sit condictio furtiva: non verò responderi de condictione furtiva, sed nominatim de actione de peculio.* Quasi verò magna sit differentia inter actionem *de peculio* ex causa furtiva, & condictionem furtivam in *peculium* dandam. Quæritur apud Vlpianum *d.loc.* vtrum actio de *peculio* in patrem detur ex causa furtiva, vt responsio conveniat interrogationi & satisfiat titulo, qui inscriptus *de peculio.* Neque bene distinguere videris *pagin. 30. col. 1. in princ.* condictionem furtivam in *peculium* dandam, de qua agitur *in d. l.19. de Cond.furt.* ab actione *de peculio*, quæ ex causa furtiva in patrem, quatenus ad eum pervenerit, competat *iuxt. d. l.3. §. 12.* Vna hæc est actio, non sunt duæ quoad substantiam distinctæ actiones, prout somnias. Sicuti *deposite nomine* pater vel dominus duntaxat de *peculio* conveniuntur: item sicuti cum precariò filio famil. vel servo res data est, duntaxat de *peculio* pater dominusve obligantur *l. 5. de pecul.* item sicuti *mandati* nomine obligatus est dominus de *peculio*: Item sicuti ex *fideiussione* filij in patrem de peculio actio mandati conceditur *d. l. 3. §.6. & 7. de pecul.* non tamen vt actio *de-*

positi, in peculium danda (nisi quoad nomē) differat ab actione de *peculio* ex causa depositi; non tamen vt interdictum de *precario* in peculium dandum differat ab actione de *peculio* ex causa precarij; non tamen vt actio *mandati* in peculium dandum differat ab actione de *peculio* ex contractu mandati; nisi quoad nomen. Sanè ita idem dicendum est de actione de peculio ex causa furtiva, & de condictione furtiva contra patrem vel dominum *de peculio*, vel, quod idem *fac. l. 9. §. 4. D. de dol.* in peculium danda, quatenus ex furto locupletiores sunt facti, *iuxt. d. l. 3. §. 12. d. l. 19. de Cond. furt.* Ait porrò adversarius *d. pagin.* 30. *col.* 1. Vlpianī locum *in d. l.* 3. §. 12. D. *de pecul.* valdè à Triboniano corruptū esse, id solide *Fabrū* suum ostendisse, 78. *decad. err.* 3. prudentiùs & pudētiùs fecisses doctissime, prudētissime Schifourdigere, si imprudētiam ejus in ea re excusasses. Vidit Dominus audaciā Præsidis *d. loco* incredibile dictu, quā honorificū fuisset, si tacuisset. Ais *d. pagin.* inter condictionem *furtivam hac in re & actionem furti, quantum attinet ad filium fam. & servum, differentiam esse*. Digresßio non necessaria: in quæstione est, non quid juris sit in filiofamilias vel servo in actione furti, sed vtrum ex causa furtiva à patre vel domino actione de *peculio* condici posßit, quod ex furto filijfam. vel servi ad eos pervenerit *iuxt. d. l. 3. §. 12.*

l. 3. §.12. *de pecul.* Ais *d. pagin.* si quis *furtum fecerit, & alieni juris esse cœperit. actionem furti cum eo esse, cujus potestati subiectus est l.* 41. §. 2. *l.* 83. *l.* 36. §. 1. *de furt.* ex illis verbis apparere satis, nullam furti actionem vel condictionem esse posse cum servo, qui furtum fecerit. Immo doctissime Schifourdigere, alijs id ex legibus adstruere potuisses, & distinctè debuisses. Primùm ex nullis verbis probari potest in allegatis *legibus* tractari de condictione. Deinde non distinguis inter actionem furti, quatenus liber ea tenetur, & actionem furti noxalem, qua domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut servum noxæ dedere *in princ. Inst. de noxal. act.* de Actione furti noxali agitur *in d. l.* 41. §. 2. *d. l.* 83. *d. l.* 36. §. 1. Hæc servum sequitur *d. l.* 41. §. 2. *l.* 42. *l.* 61. *d. tit.* Condictio furtiva cum servo exerceri non potest; interim quatenus ablatum ad dominum, cui servit, pervenit, servum sequitur, & fieri potest condictio quoque noxalis *d. l.* 3. *de Cond. furt.* Negas, *d. pagin.* 30. *col.* 1. condictione furtiva *domino condicendum esse id, quod ex furto servi ad eum pervenit.* Ex cerebro ægri depromptum somnium. Quanto tutius fuerit, vt sequamur Vlpianum *in l.* 4. *de cond. furt.* qui clarissimè, quod ad dominum ex furto servi pervenit, condici posse pronuntiat. Rectè. Quatenus ex

causa furtiva condici à domino id potest; condictio furtiva est & justissimè *in l.4.* eo sub titulo posita non solum, sed & separata ab actione de *peculio iuxt. l. 3. §. 12. de pec.* Quid ita? nomine differunt, non re. Nam quatenus in peculium ex furto locupletius factum contra dominnm dirigitur, mentio etiam ejus non tantùm fieri potest sub titulo, *De peculio*, sed & ex causa furtiva actio de *peculio* (vt *in d.l.* 3.§.12.) vel in *peculium* (vt in *l.* 19. *de Cond. furt.*) appellari eodem jure, quo ex causa redhibitionis est actio de peculio *l.*2. D. *Quand. act. de pecul.* Adversarius in perpetuo isto errore versatur, dum hasce actiones natura diversas esse putat, quæ sint ex conversione nominis diversæ, naturâ eædem *vid. supr.* Si cum impubere filiofam. vel servo contractum sit, ita dabitur in dominum vel patrem actio de peculio, si locupletius eorum peculium factum est *l.* 1. §. 4. D. *de pecul.* sin nihil ad dominum vel patrem pervenerit, seu, quod idem est, si peculium impuberis non fuerit factum locupletius, non dabitur, eo quod cum impubere servo vel filiofam. contrahi non potuerit. Similiter ex causa furtiva actio de peculio adversus dominum vel patrem datur, quatenus ad eos pervenerit, seu, quod idem est, in quantum locupletius factum fuerit peculium *iuxt. d. l.* 3. §.12. sin nihil pervenerit, non da-

bitur,

bitur, eo quod condictione furtivâ non alius teneatur quam fur, aut ejus herês, *l.* 5. *de condict. furt.* si ex alia causa quàm delicti condictio censenda. Aliàs si ex dilicto est, propria ratio est, nimirum, ideo adversus patrem vel dominum eo casu condictionem in *peculium* non dari, quoniam ex delicto sit, *iuxt. l.* 58. *de Reg. iur.* Adhuc ait *d. pagin.* 30. *col.* 1. probari ex *l.* 3. §. 12. *de pecul.* quòd verba illa, *condicendum est domino id quod ad eũ pervenit*, quæ extãt *in d. l.* 4. *de cond. furt.* accipienda sint de actione de *peculio*. Obstupesco, tam pauca intelligis mi Schifourdegere, quæ huic materiæ intelligendæ faciunt. Adhuc disce, actionem *de peculio* ex causa furtiva, eandem actionem esse, quæ est condictio ex causa furtiva in peculium dirigenda; nomine differre, re non esse diversas hasce actiones, prout tibi imaginaris. Deinde etiamsi essent actiones quo ad naturam hoc in casu diversæ, (quod, jurisperitus qui est, numquam admittet.) dici vix potest, quam adhuc, quòd sustines, improbabile sit. Quid ita? condictio furtiva præsupponitur oriri ex delicto, proinde probabilius aduersus dominum conceditur, in quantum ad eum pervenit *iuxt. d. l.* 4. Actio de *peculio* regulariter ex contractu oritur *l.* 1. §. 7. *de his qui eff.* igitur hæc non de eo, quod ad dominum pervenit, prout scriptum in *d. l.* 3.

§. 12. dari debere videtur, §. 4. *inst. Quod cum eo.* Ex quo judicari potest, contra naturam actionis *de peculio* id vrgeri, quod ea casu, quo dominus vel pater locupletior est factus, naturæ conditionis furtivæ in peculium non repugnat *iuxt. d. l.* 4. *d. l.* 19. *de cond. furt.* Ais *d. pagin.* 30. *col.* 1. conditionem furtivam *nunquam dari in id, quod pervenit, sed in solidum, idque pluribus te probâsse.* Miser. Tune id probâsti solidè? Tum etiam fieri non potest, vt actio, quæ in *solidum* datur, non etiam detur in id, quod *pervenit*, cum *hoc* pars sit *solidi.* Conditio furtiva nunquam datur in id, quod pervenit, semper in solidum judicio *Schifourdigeri.* Non aliter ac si diceres; in solidum domus dominus es, ergo non tecti, non parietum, prout ex ijs constat. immo qui in solidum tenetur, contra eum mihi licet agere de eo, quod ad eum pervenit. Clementius namque si agere volo, quo colore prohiberer, modò id petam, quod mihi debetur? Vbi solidum mihi debetur, in id quod ex solido ad te pervenit, ceu in partem solidi si ago, mea ista clementia est, non prohibita actionis institutio. Ergo aliquando conditio furtiva dari potest in id, quod peruenit. Ergo falsum est, quod sustines, doctissime Schifourdigere, conditionem furtivam *nunquam* posse dari de eo, quod pervenit.

venit. Immo quid si solidum ablatum ad heredem pervenerit? vtique tam in id, quatenus pervenerit, quam in solidum eo casu condictio competit. Ais *d. pagin. 30. col. 1. in fin.* Si condictio furtiva *similiter in patrem, vt in filium daretur, nullam fore differentiam inter actionem furti & condictionem furtivam, quatenus filiusfamilias cum servo comparatur, quam tamen differentiam juris authores sedulò observârint.* Si placet, collige sensus tuos. Peccas multa. Primùm præsupponis condictionem similiter in patrem, vt in filium dari. Quod præsuppositum falsissimum est. Siquidem pater tenetur in *peculium* de eo, quod ad eum pervenit, ne locupletetur impune, regulariter non tenetur, *l. 3. §. 12. de pecul. l. 19. de cond. furt.* Filius regulariter tenetur, & in solidum *l. 5. de cond. furt. d. l. 3. §. 12. l. 57. de iudic.* Deinde, vnde demonstrabis nobis, etsi condictio similiter in patrem vt in filium daretur, propterea destrui differentiam, quæ est, inter filium & servum. Immo non inde destruitur. Si comparas filium cum servo, differentia bona est tam in actione furti, quàm in condictione furtiva. Nam filio vtraque intentari potest, servo ut servo neutra *d. l. 57. D de indic. d. l. 4. & 5. de cond. furt. l. 3. §. 12. de pecul.* Sed enim comparatio, de qua hîc quæstio, est inter peculium servi, quatenus

in id dominus ex furto serui teneatur, & peculium filijfam., quateuus in id pater ex furto filijfam. teneatur. Hoc casu nulla est differentia inter filium & servum *fac. princ. Inst. Quod cum eo.* ideoque tam servus, quam filius, tam pater quàm dominus eatenus comparantur clarè in *d. l. 3. §. 12. de pec.* Quod an nō mirabimur tam imprudenter negari? Ais, *d. pagin. col.* 2. condictionem furtivam *non posse dari in patrem, eo quod ea nullus alius teneatur, quàm fur aut eius heres iuxt. l. 5. de cond. furt.* Mirus homo es; scimus omnes, condictione furtiva nec patrem nec dominum ex furto filijf. vel servi teneri regulariter, *iuxt. d. l. 5.* Quæsitum fuit, an non in *peculium* teneantur, quatenus ex furto servi vel filij locupletiores sunt facti. Hoc deciditur apertissimè & iustissima ex ratione *in d. l. 4. d. l. 19. d. l. 3. §. 12.* ne videlicet ex furto filij vel servi locupletentur impunè. Huic rationi dum auscultare negas, ecquid affers mi Schifourdegere? Cannensem pugnam narras, non respondes de *Tribus Capellis*.

CAP. XXI.

Argumentum capitis proximi continuat, rejectis octodecim Adversarij erroribus.

INsidiari lubet nullius infantiæ. Quæ dico, officij mei si non sit, nondum tædet

det dicere. Nam hoc convivium nobis paravit Schifourdigerus, ac quidem agrestibus olusculis fartum. Ait *d. pag.* 30. *col.* 2. Furtum, *quod fecit filiusfam. patrem id non commisisse, & igitur nec condictione furtiva eum conveniri posse, nec actione furti suo nomine, cum habeat exceptionem furti non una facti l.* 83. *in fin.* D. *de furt.* Amabo te, ad quid illa, *suo nomine,* hîc infarcisti? patrem, quia furtum non fecerit, an non suo nomine ex furto filij condictione, in quantum locupletior factus est, teneri possit alias tractabitur, *vid. infr.* Sin pater ex furto filij fam. locupletius peculium possideat, eatenus ex causa furtiva condictio in peculium contra eum competit, *iuxt. l.* 19. *de Condict. furt.* non suo nomine, sed ex persona, seu nomine filij, ut ex eo intelligamus eatenus, in peculium patrem teneri, non in solidum peculium *iuxt. d. l.* 19. *de cond. furt. l.* 3. §. 12. *de pecul.* Ecquid enim est eatenus *nomine filij* teneri, si non in peculium filij? si non in id, quod ex re a filio ablata ad eum pervenerit? Sed, inquies, non ista, *suo nomine,* referri patior ad cōdictionem furtivam. Debent, referri ad actionem furti, de qua proxima ibi mentio. Itane? Ignosce Gasper Schifourdigere. peregrinamur scilicet. Sentis actionem furti ex furto filii contra patrem suo nomine non posse institui, eo quod habeat exceptionem furti non unà

facti *l.* 83. *in fin.* D. *de furt.* Extra propositum. Scio, patrem suo nomine non ex furto filii actione furti posse teneri. Quid inde? ergone filij nomine aliquando furti tenebitur? verba illa, *suo nomine*, debent aliquid operari. Vt proinde aliquid operentur, necessarium videtur, vt concludamus ita te sentire. Apage, pudet: ex furto servi cũ domino noxaliter agi potest *l.* 41 *§.* 2. *de furt. tot. tit. de nox. act.* Ex furto filiifam. patrem noxaliter, seu, quod idem est, filij nomine actione furti teneri, dogma nimis asperum est, & hodie contra mores, contra omnes leges §. 7. *Inst. de noxal. Act.* Ais, *d. pagin.* 30. *col.* 2. patrem *vt patrem nulla ratione conveniri posse condictione furtiva.* Regulariter quidem non potest; si ex furto filij fam. locupletior factus est, condictione furtiva in peculium tenetur eatenus pater, non suo nomine, qua Cajus est, sed nomine filij vt pater *d. l.* 19. *de Cond. furt.* Ais *d. pagin.* patrem condictione *furtiva non teneri filij nomine, aut ceu eius heredem.* Distingue. Vivo filiofamil. pater non tenetur quasi heres, sed nomine filij in peculium, qua ex furto filijfam. auctius factum; *fac.* §. 36. *Inst. de Act. l.* 1. §. 4. D. *de pecul.* sin filiusfam. peculium non habeat, suo nomine in id, quod ex furto filij ad se pervenerit, *iuxt. d. l.* 4. *d. l.* 19. *de Cond. furt. d. l.* 3. § . 12. *de pecul. conf.* Dom. 1. *Membr.* 8.

Ais

Ais *d. pagin.* 30. *col.* 2. si a patre condici posset, *quod ad eum pervenerit, fore, vt a filiofam. quoque non plus condici deberet, quàm quatenus eius peculium auctius existat.* Hanc consequentiam nego, neque fieri potest, vt non falsa sit, nulla probatione quæ fulcita est. Filius fecit furtum, & igitur in plus condici ei potest, quàm patri, qui nõ fecit furtum, *fac. l.* 57. *de indic. fac. l.* 44. *de pec. l.* 3. §. 12. *de pecul.* Ais *d. pagin.* 30. *col.* 2. condictione furtiva, *si detur in patrem, nihil aliud nos posse persequi quam peculium filij, neque hoc omnimodo sed eatenus tantùm, quatenus ex re furtiva auctum sit.* Quasi verò filiusfam. omnia & nominatim, quæ delicto adquirit, peculio semper acquirat, & non patri. Quid enim? qui a patre condicit id, quod ex furto filij ad eum pervenit, non peculium persequitur, sed id, quod ad eum pervenit. Hoc autem non est pars peculij, vtpote quod pro peculio a patre non traditum est filio *l.* 8. *de pecul.* nec tradi jure posѕit, quoniam furto adquisitum sit, & per consequens non in dominio suo. Quid ergò? iterum ideo actione de peculio propriè non recuperatur, nisi hactenus, quatenus ad patrem ex furto filij pervenit, ex æquitate, *vid. d. l.* 3. §. 12. *de pecul.* Quippe quæ eo casu extendi actionem de *peculio* magis suaserit, quàm actionis de peculio naturam immutarit. Ais, *d. pagin.* 30. *col.* 2.

propter peculium patri condictionem intentari, a quo, quod ad eum pervenit ex ablato, condicatur. Erras. Id, quod ex furto filij ad eum pervenit condicitur ei ob solam illam æquitatis considerationem, ne videlicet locupletetur ex furto filii impune *d. l.* 3. §. 12. Alioquin filius quid si peculium nullum habeat, an pater propterea ex furto filij locupletari toleraretur impunè? Concludis *d. pagin.* 30. *col.* 2. ex causa furtiva *in patrem non condictionem furtivam sed actionem solam de peculio competere, non quidem eatenus, quatenus totius peculij fert æstimatio, sed quatenus ex ea causa ad patrem pervenerit.* In eodem adhuc luto hæsitas. Quid enim si actio de *peculio* datur de eo, quod ad patrem pervenit, & non est de *peculio* prout fateris. Quanto facilius est, vt condictio furtiva adversus patrem in *peculium* detur de eo, quod ad eum ex furto filij pervenit, & est furtivum. Præsertim cũ postremum hoc non minùs dilucidè decisum sit *in l.* 19. D. *de Cond. furt.* Contra legem pugnare est contra stimulum calcitrare. Ais *d. pagin.* teneri patrem *ex furto filijfam. actione de peculio, non quatenus locupletior est ob peculium, sed quatenus peculium locupletius ex furto filijfam. factum sit.* Verè video, nihil ferè intelligere te in peculiaria hac materia. Quid hoc est, patrem non teneri ex furto filij actione de peculio, quatenus

locu-

locupletior est ob peculium? Lanijs & cerdonibus, vt ita dicam, id notum est. Vis actione de peculio patrem teneri, quatenus ex furto filii peculium locupletius factum sit. Quid enim si dominus peculium ademit sine dolo malo? aut quod habet, si non fuerit factum locupletius, & tamen ad patrem ex furto filijfam. aliquid pervenerit? an impune ex eo locupletari eum æquum esset? non certe. Domino & patri vtut furtum non fecerint, condictione furtiva ob æquitatem extra furtum ampliata, extorquendum est id, quod ad eos ex furto servi vel filiifam. pervenit *l.* 4. D. *de Cond. furt.* Similiter, quod ex furto servi vel filijfam. ad eos pervenit, etsi peculium non habuerint, etsi peculium inde non fuerit factum locupletius, domino & patri extorqueri non prohibetur actione de *peculio* extra rem peculij, ob æquitatem inflexa ampliataque *iuxt. d. l.* 3. §. 12. nisi malis patrem vel dominum directò hoc casu actione de peculio ob *in rem versum* teneri. Quod dici potest. *vid. infr.* Ais, *d. pagin.* 30. *col.* 2. *in fin.* distinctionem Petri Fabri *i. Semestr.* 12. te non improbare *in d. l.* 3. §. 12. videlicet hoc modo. *Et est verius, in quantum locupletior dominus factus esset ex furto facto, actionem de peculio dandam.* Manum haut vorterim, sive recepta distinctio retineatur, sive ista prætereatur. Quid? Ex furto facto

actio

actio de peculio non male dicitur *in d. l. 3. §. 12.* ut cognoscamus causam, ob quam de eo, quod ad patrem vel dominũ pervenit, detur, non potius peculio tenus *in d. l. 3. §. 12.* Nam ex *furto facto* de peculio actio eadem ratione (ac quidem, ut videtur, cõsultò) dicitur *in d. l. 3. §. 12.* qua dicitur de peculio actio mandati *in d. l. 3. §. 7.* de peculio actio *ex pœna cõpromissi d. l. 3. §. 8.* iudicati nomine de peculio actio *d. l. 3. §. 11.* depositi nomine de peculio actio *d. l. 5. de pecul.* precarij nomine de peculio actio *d. l. 5.* ex causa redhibitionis de peculio actio *l. 2. Quand. de pecul. act. ann.* & alijs sexcentis locis. Ais *pag. 31. col. 1.* eos, *qui volunt in patrem de eo, quod ex furto filij pervenit, condictionẽ furtivam dari non suo, sed filij nomine, idem explicare per idẽ.* Erras. aliud est directò & suo nomine conveniri: aliud est nõ directò sed servi vel filijfam. nomine conveniri *in princ.* ibi, *eorundem nomine* itẽ *§. 8. Inst. Quod cum eo.* Deinde quàm incivile est, principaliori particula omissa, Domino adscribere sententiã; quæ sua non est. Quid? Scio, vellicas verba Domini, quæ hæc sunt. *Vivo filiofamilias in patrem de peculio condictio furtiva non negatur, in quantum locupletior factus est, l. 3. §. pen.* D. *de pecul.* sed [negatur] *nomine filij, ut cui propriè cõdici potest, si ex causa furtiva teneatur. Ratio est, quia pater nec fecit furtũ, nec est heres. l. 5. de cond. furt.* Conqueror omissa, aut potius non addita

dita ab adversario, illa, *de peculio*, in quibus verbis decisio latet, & sine quibus laborat veritas. Quid est de *peculio* cõdictionẽ in patrem in quantũ locupletior factus est, *negari filij nomine?* Schifourdigerus hoc loco id esse arbitratur, *dari filij nomine*. Quo quid alienius, malignius, et perversius? nomine filij ex causa furtiva actionẽ, de peculio cõtra patrẽ negari in quantũ locupletior factus fuerit, indicium est directò, seu, quod idem est, suo nomine ob *quasi in rem versũ* eatenus in patrẽ eam dari, *fac. l. §. 8. inst. Quod cum eo.* Vna est actio, qua de *peculio*, deque eo, quod in *rẽ versum* sit, agitur: tamẽ duas habet cõdemnationes. Itaque judex, apud quẽ de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in *rẽ versum* sit, nec aliter ad peculij æstimationẽ trãsit, quàm aut nihil in rẽ *versum* intelligatur, aut non totũ § . 4. *Inst. Quod cùm eo qui.* Iã verò, quod filiusfam. surripuit, aut pervenit ad patrẽ eo sẽsu, quo in rem ejus versum est, & locupletior ex eo factus est. Aut permansit apud filiũ, & sic apud ejus peculiũ, quod inde æstimari possit locupletius. Vtroque hoc modo, quod a filiofam. surreptũ est, patri, ex causa furtiva actione de *peculio* & in *peculiũ* ex causa furtiva, cõdici potest, quia vtroque modo ad patrẽ pervenerit, nẽpe in casu posteriori remotius, in primo propius. Quod tum? ablatum quatenus nõ permãsit apud filiũ, & rectà ad patrẽ pervenit, qui ex eo factus sit locupletior citra

intuitum peculij, directò quasi in rem ejus versum *fac.* §.8. *Inst.* *Quod cum eo* actione de peculio patri aufertur, non filij nomine *iuxt. d. l.* 3. §. 12. *de pecul.* dico, *quasi in rem versum*, ne videar, propriè actionem de peculio, sub qua in rem versum continetur ex delicto filij in patrem concedere, *contr. l.* 57. *de Reg. iur.* Ablatū verò quatenus apud filium adhuc esse allegatur, & sub vmbra peculij quod habet, adhuc tegi, condictione furtiva in peculium, quà ex ex locupletius, directâ *fac.* §. 36. *Inst. de Act.* patri non directò, sed ex filij persona condicitur *iuxt. l.* 19. D. *de Cond. furt.* Atque hæc in *peculium* actio appellari potest condictio furtiva *iuxt. d. l.* 19. appellari etiam potest actio de peculio *iuxt. d. l.* 3. §. 12. *de pecul.* Etenim cum condictio furtiva appellatur, ex *causa furtiva* actionis nomen sumitur *iuxt. tit. de Cond. furt.* & peculium servit pro adiectione & clausula *arg. l.* 30. §. *vlt. de pecul. l.* 5. §. 1. *de excerc. act.* Cum actio de *peculio* appellatur, *causa furtiva*, vicissim servit pro causa ex qua & ob quam in *peculium* dirigitur, *peculio* dante actioni nomen *iuxt. tit. de pecul.* Quod summè notandum. Aliàs vna vtraque est actio, quoad substantiam *vid. supr.* Neque resistit, quod ex servi persona quæ nulla est, dominus in peculium conveniri non possit, sed ideo vel maximè interpretatio ista necessa-

ria fuit, vt ex furto à filiofam. facto actione de *peculio*, in quantum locupletior factus ſit, directò pater teneatur, ne diverſum aliàs, ſi pater nomine filij conveniretur, obtineret in domino, qui tamen eo caſu cum patre comparetur *in d. l. 3. §. 12.* Quid ergo? circa rerum amotarum actionem filiæfam. nomine in id quod ad patrem pervenit, competit actio de peculio *d. l. 3. §. 12. de pecul.* Rectè: actio rerum Amotarum, & condictio furtiva ſummè conveniunt *l. 12. §. pen. l. 6. §. 1. l. 26. D. de Act. rer. Amot.* Igitur ſicuti ex perſona filiæ, quæ res ſurripuit in patrem furtiva condictio in peculium competit *iuxt. l. 19. de Cond. furt.* hoc eſt, in quantum peculium ex furto fuerit locupletius, ita idem in actione rerum Amotarum obſervatur *iuxt. d. l. 3. §. 12.* Non vt ICtus poſsit ibi intelligi de ſimili caſu, quo jam ſupra ob quaſi in *rem verſum* patrem actione de peculio, in quantum ad eum pervenerit, directò conveniri poſſe oſtẽdimus, eo quod vſus ſit ijs verbis, *filiæfamilias nomine*, vtpote quæ alterũ caſum exprimunt. Iam in viam: ait Adverſarius ſervi nomine cum domino furti agi poſſe *iuxt. l. 41. §. 2. l. 83. §. 1. de furt.* Recte: vbi Dominus, aut vllus vſpiam hoc negavit? Ceterum aliud eſt patrem ex perſona filij condictione in peculium teneri, *iuxt. l. 19. de Cond. furt.* item nomine ſeu ex perſona filiæfamilias

circa

circa rerum Amotarum actionem patrem actione de peculio teneri *iuxt. l. 3. §. 12. de pec.* Aliud est nomine servi dominum teneri noxaliter *juxt. tit. de noxal: act. in princ. inst. Quod cum eo.* Pater dum nomine filijfamilias tenetur, ex persona filij tenetur, vtpote eam eo ipso adsumens, suã eousque exuẽs. Dominus vbi nomine servi tenetur, non tenetur ex servi persona, vtpote quam nullam habeat, *l. 32. de R. jur.* nedum quàm dominus posset adsumere, aut suam eo usque exuere. Contra quàm ex domini sui persona servo nonnunquam attribui quasi personam vtile est; veluti vt pro domino suo adquirere *l. 3. §. 11. de minor. l. 3. de her. inst. l. 82. §. 2. de legat. 2. §. 2. inst. de hered. inst.* aut ministerio alicui cum aliquo respectu in familia praeesse posit *l. 15. §. 44. D. de injur. §. 7. inst. eod.* similiue modo, quoties persona servilis non negligitur, veluticum ex persona domini possessionem recuperatura admittitur in *l. 1. C. Si per vim vel al. mod.* Aliàs servilis persona est nulla persona *in l. 22. de Reg. iur.* aut aliqua saltem obligatio civilis in eam caderet. Quod negatur *in d. l. 22.* Vnde servos legibus personam non habere, testes sunt Casiodorus *6. variar. form. 8.* & Theophilus *in princ. inst. de stip. serv.* Omne quidem jus quo vtimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones. *§. vlt. inst. de jur. nat. Gent. &*

Civil.

Civil.l.1. D. *de stat. hominum.* Sed ad *personas*, quarum causa jus constitutum est *d.* §. *vlt.l.2.*D. *de stat. hominum* servorum gratia non est jus constitutum. Tũ omnes quidẽ homines aut liberi sunt aut servi. Eaque est summa hominum divisio de jure personarum *in princ. inst. de iur. person. l. 3.* D. *de stat.hominum* non quòd omnes personæ aut sint liberæ aut servæ. Sed summa de *jure personarum Rubric. inst. de iur. pers. in princ. ibid.* hoc est, de statu personarum, *l.2.* D. *de stat.hominum* quo personæ *dividuntur*, hoc est separantur a non personis, quales sint servi. Tantum abest, vt servus quà *persona* moriatur, (prout Adversarius barbarè scripsit, *vid. supr. c.10. in fin.*) qui quadrupedi exæquatur.*l.2.§.2.Ad L. Aquil.*Idque repetendum hoc, oblata hîc quali quali occasione, repetendum fuit propter iuniores. Negat deinceps adversarius *pagin.31.col.1.* patrem *suo nomine ob furtum filij condictione conveniri posse, multo magis filij nomine.* Quasi verò Dominus alibi docuerit, filij nomine extra considerationem peculij patrem condictione teneri: calumnia est, *vid.supr.* vbi tacta quædam obiter: sed tacta tantum tacitè. Si autem servus vel filiusfamilias furtum commiserit, condicendum est Domino id, quod ad eum pervenit *l. 4.* D. *de Cond. furt.* vtrum etiam patri similiter cõdicendum sit, quod ex furto filijfam. per-

venerit, *iuxt.d.l.* 4. non hujus loci eſt. Forteaſt cum Magiſtro tuo Dominus iſta de re colloquetur vberius 2. *horar. furt.* hæc ſcriptio modum poſcit. Ait *d. pagin.* 31. *col.* 1. omnes actiones, *quæ in patrem vt patrem dantur, non ſuo, ſed filij nomine exerceri, actionem de peculio adverſus patrem non vt patrem aut nomine filij competere, ſed ex iuriſprudentia Triboniani, nomine ſuo.* Peregrinaris Schifourdegere. Alioquin colaphos mereretur legiſlator, qui actionem de peculio nomine filiorumfamiliarum in patrem dari teſtatur clariſsimè, *in princ. inſt. Quod cum eo.* Eaque eſt juriſprudentia auſpicijs imperatoris probata, & a Triboniano nuſpiam negata, *conf.l.* 44. *l.* 21. §. 4. *D. de pecul. l.* 1. *D. Quod cum eo & paſsim* Ais, *d. pagin.* patrem, *quia ſuo nomine de peculio conveniatur, ideo nullo modo condictionem furtivam nomine filij in ipſum competere, ne alioquin magis ex delicto filij quàm propter peculium teneatur.* Iterum egregiè: patrem ſuo nomine de peculio conveniri: mari dignior hæc margarita, quàm vt ob eam mergamur. Deinde quæ conſequentia; patrem, quia de *peculio* teneatur *ſuo nomine*, ergo alia actione teneri non poſſe nomine alieno? Nugæ. Sed audiatur ratio: *ne alioquin magis ex delicto filij teneatur, quàm ob peculium.* Inſcitia vera & mera. Ob ſolū peculium patrem teneri, eo caſu, quo filiusfamilias furtum commiſit.

Quid

Quid obsecro *peculium* commisit? *magis* hoc est, duriùs & in plus actione de *peculio* patrem teneri oportere, quàm ex delicto filij condictione in peculium, (nec enim alio vix casu eam dominus admisit) si verum esset, vtique vltra id, quod pervenit, pater actione de peculio ex furto filij teneretur *contr. l.* 3. §. 12. *de pec.* Graphicæ nugæ. Quid sit actio de peculio ex causa furtiua, item quid sit condictio furtivà in peculium *iuxt. d. l.* 3. §. 12. *d. l.* 19. *de cond. furt.* ignoras plane, *vid. supr.* Ais porro *d. pagin.* 31. *col.* 1. cum ex causa furtiua *filiofam. condici posset, absurdũ fore, si eadẽ condictio adversus patrem nomine filij in peculium* (itirũ malignè hoc verbum omittis, vt Domino injurius sis) *competeret.* Absurdè loqueris amicissime, omnia Legislator agit, ne deficiant actiones, *l.* 1. D. *Quod cum eo.* Quid? etiamsi filiofam. condici posSit, quia verò evenire posSit, vt non sit solvendo, actor condictionem in *peculium* quà ex furto filijfam. auctius adversus patrem vt patrem dirigere non prohibetur *l.* 19. *de Cond. furt. l.* 3. §. 12. *de pec.* vt suum consequatur pro modo, quo potest consequi *d. l.* 1. D. *Quod cum eo* non vt si à filio suum receperit, in patrem eadem actio duret, quod falsò imaginaris. Ceterum filius si nõ præstiterit *fac. l.* 1. *in fin.* D. *de in rem vers.* ex una obligatione plures actiones nasci non est absur-

dum, sed una tantummodo non omnibus vtendum est *l.53. de obl. & Act.* Ais *d. pag. 31. col.* 1. inconstantiùs dici, *in filiumfamilias suo nomine condictionem dari, & rursus eandem in patrem filij nomine competere.* In eodem calumniæ luto pergis: aut vbi Dominus scripsit nomine filij condictionem furtivam in patrem dari? immo negavit filij nomine eam in patrem dari, addita ratione quod filio propriè condicatur, non patri, vtpote qui non fecerit furtum, nec sit heres, *l. 5. de Cond. furt. vid.* 1. *Membran.* 18. de peculio seu in peculium condictionem contra patrem, in quantum locupletiorem, quo sensu non negarit, multifariam ostensum est *supr.* Ais, *d. pagin. 31. col.* 1. ex uno eodemque *furtó vt & non ab alia persona commisso duplicem condictionem non posse competere id* scilicet *fieri, si una condictio adversus filium, altera adversus patrem in peculium admittatur.* Vastescet Iurisprudentia, si ita pergitis o Fabriani. Nō est duplex cōdictio, sed vna & eadem ex uno & eodem facto plane eodem modo, quo, qui cum filiofamilias contraxerit, duos habet debitores: filium in solidum, & patrem duntaxat de peculio *l. 44. D. de pecul.* In condictione furtiva filiusfam. in solidum debitor est; pater verò in *peculium* quà ex furto filij auctius *l. 19. de Cond. furt.* Quid enim si filius *suo nomine potest condictione conveniri*, rogas

ri, rogas quorsum pater filij nomine condiction esset onerandus d. pagin. nimis sollicitè. Regulariter ita effectum est, vt plures actiones competant, quò laxior ac liberior agēdi facultas suppetat *l. 76. §. 8. de legat. 2.* prout ipse fateris vir doctissime *2. hoc quæst. 1.* Liberum vnicuique est persequi id, quod sibi debetur, contra eum, qui sibi aliquid debet. Filiofamilias condici potest, nec inutile fuerit vt conveniatur, in quantum res ablata adhuc apud eum est. Aliàs quia quicquid adquirat, patri adquirat, vt nihil habeat, donec non sit sui juris, vnde domino rem suam condictione hac repetenti posit satisfieri; vtilius fuerit patrem, si peculium filijfam. ex furto auctius existat, eatenus condictione furtiva in peculium conveniri, *iuxt. l. 19. de Cond. furt.* propter præsentiorem suum consequendi & judicatum exsequendi facultatem. In orbe sumus, & in orbem vertuntur, quæ quotidiè accidunt. Itaque actuuro alicui ad circumstantias contuendum est, quæ eum instruere posint, qua actione ex pluribus, quas habeat, potissimum vti expediat *iuxt. l. 53. de obl. & act.* maxime cum actionum alijs aliæ vberiores sint, *fac. l. 1. §. 2. D. de in rem vers.* Atque ita concludam hoc caput, in quo prolixior fui, quam debueram, sed heus tu? *ad portandam tantam sapientiæ molem non sunt ido-*

 nei

nei homines rudes l. 2. §. sed cum C. de vet. iur. enucl.

CAP. XXII.

Patrem quasi heredem haberi posse in peculio filijfam. quod post obitum suum reliquerit; solide ostendit.

QVam *interlucet homo homini. Vivere libet, natum esse non pœnitet*; adeò *ad salutem spectant omnia.* A nemine Schifourdigero discrimen est. Vehitur curru eloquij sui: *nos in referendis gratijs humiles*, scilicet, *reptamus, socco magis idonei, quàm cothurno*, postquam recepta jurisprudentia res coepit esse barbara. Nam quod nescieram, lautiora, scilicet, invenerunt. Quæ res prosperè vortat vobis vestræque pietati præses Amplissime, *Fastus & ocium fortunæ grandioris vitia sunt.* Symmach. 4. *epist.* 56. Nihil me moramini; mihi satis est, cum receptam jurisprudentiam Dominus tuetur. Ait Adversarius *pagin.* 31. *col.* 2. eum qui asserat patrem in peculio filij mortui quasi heredem esse, nihil aliud agere quàm fugitivam barbariem retrahere. Barbariem? *In Mauros hoc crimen eat.* cor in felle atque acerbo aceto situm agnosco. perge Amicorum non infime: *dignum te Cæsaris irâ nulla dies faciet.* Recepta jurisprudentia est tibi barbaries. Negas, *d. pag.*

patrem

patrem *in peculio filijfam. mortui, quasi heredem esse.* Contrariũ adfirmavit Dominus,& probavit *ex l.3.§.9.* D.*de minor. l.6.§.4.* D.*de statulib.*Ais,nullã *esse filijfamilias hereditatẽ, atque id ex eo probare conaris d.pag.quod pater nõ posiit quasi heres dici in eare,quæ nõ est hereditas.* Respondeo, sicuti peculium velut proprium viventis filijfamilias est patrimonium, *l.39. de pecul.* §. *10. Inst. de Act.* quod non ex nuda aut ficta patris voluntate, sed naturali datione ad filium familias pervenit *l.8* D. *de pecul.* jure permittẽte ab eo adquisitũ *l. 4.* D. *de pec.* etiam cũ aliquo effectu, *l. 3. §. 4. in fin.* ita mortuũ filiofam. mortuo fieri velut ejus hereditatem, reputari velut ejus bona *l. 2. de Castr.pec.* Quid periculi? peculium non est proprium *filijf. viventis* patrimoniũ,sed est quasi patrimoniũ. Similiter mortuo filiofamilias *mortuũ peculiũ* non est hereditas vlla propriè quam patri relinquat, sed est quædam quasi hereditas. Ais *d. pagin. 31.col. 2.* id, *quod dicitur filijfam. viventis peculium, non posse dici aut fieri hereditatem filijfam. mortui.* Quis negat aut vspiam negavit? sed audi: semel pulchra bis pulchra. Peculium quemadmodum dicitur filijfam. viventis,quasi patrimonium *l. 32. in fin.princ.l.39. de pecul.* ac quidem cum aliquo effectu *l. 3. §. 4. de Minor.* ita rectè, immo necessitate quadã, peculium (quatenus vivo non ademptum

eo mortuo superest) mortuum, fit quædam quasi hereditas mortui. Neque video, ovum ovo quemadmodum adspici possit similius, propriè continuatur patri post mortem filij rerum peculij dominium *l. l. 19. §. 5. D. de Castrens. pec.* propriè apud patrem etiam mortuo filiofam. peculium permanet, proprieque patris est proprium vtpote non denuò ei tam adquisitum quàm non ademptum; *l. 1. §. 22. D. de collat. l. 9. in princ. D. de Castr. pec. l. 18. D. Ad l. fal.* propriè loquendo plurimum interest, vtrum hereditatem vel peculium dicas. Nam propriè hereditas est nomen civile: peculium nomē naturale. Propriè peculium non relinquit qui relinquit propriè hereditatē, *l. 2. D. de Castr. pec.* In summa peculiū propriè separatur ab hereditate, *l. 20. §. 10. D. de hered. pet. l. 18. D. Ad l. falcid.* Cannensis profectò pugnæ narratio, Mithridaticive belli. Nihil affers de *tribus capellis*, nimirum ostendendum fuisset, quo colore ea duo impropriè comparari nequeant. Patrimonium esse nomen Civile non minus concedis, quàm hereditas tale nomen est. Et tamen peculium vivi filij velut patrimonium passim audit, idem morientis filij velut hereditas, quæ tanta subtilitas esset, vt similiter non esset? paterfamilias à potestate patris liber, propriè peculium non magis habere potest, quàm servus bona *l. 182.*

na *l.182.* D. *de v. sign.* Filiusfamilias a servitute liber eo modo peculium habere potest, quo servus *fac. d. l. 182.* Vtrumque hoc peculium proportione suæ improprietatis eundem effectum habet, quem habet patrisfamilias liberi patrimonium in sua proprietate acceptum, ratione proprietatis. Quid ita? vivo patrefamilias debita, quæ ab eo contrahuntur, ex patrimonio, quod habet & relinquit, dissolvuntur, non vltra, nisi heredem invenerit hereditas. Similiter beneficio patris durante peculio & vivo filiofamilias debita quæ ab eo contrahuntur, in quantum peculium patitur, ex peculio quod vivus habet & mortuus relinquit, solvuntur, *l. 57.* D. *de indic.* Vnde patet in fideicommissaria peculij castrensis voluntate filij facienda restitutione, vtut in persona sua *ius pristinum* duret & *peculium* castrense sit peculium hoc est, iure peculij occupabile, non hereditas, bona filij quasi patrisfamiliæ restituere cogitur, & quartam deducit, non aliter ac si bona filij essent hereditas; non aliter ac si filiusfamilias esset paterfamilias *l. 18.* D. *Ad. l. falcid.* Tũ hereditas nondũ adita vt accessionem & decessionem, quia juris nomen sit, in se recipit *l. 178. §. 1. de v. Sign.* ita & peculium post mortem ejus, qui illud habuit, juris nomen est, accessionem & decessionem in se recipiẽs, adhuc per annum *l. vlt.*

D. *Quand. de pecul. act. ann.* Ite nunc, si placet, & improprietatem istam negate posthac amplius. Adversarius *d. pagin. 31. col. 2.* cum pater *jure peculij bona occupat, incipere jus peculij eo instanti, quo filiusfamilias moritur, ac proinde quo adhuc vivit, cum instans mortis adscribatur vitæ l. 18. §. D. de manumiss. test. l. fin. D. de Cond. Inst.* Scripsisti hæc, nó intelligis; descripsisti forteã ex Fabro, quẽ isthoc argumento vsum memini, & fortiter à Domino repulsũ in *Sermone suo forensi* de Institutione heredis in certa *fer. in fin.* Neque minus miror ego, ista adhuc proponi. Ius peculij ais *incipere* eo instanti, quo filiusfamilias moritur. Pessimè. Enimverò tunc illud finiri vtique propius est quam incipere. Incipit jus peculij ab ipsa ejus datione naturali *l. 8. D. de pecul.* jus peculij, quo pater peculium adimere, seu, quod idem est, occupare non prohibetur, durat vivente filio, quamdiu concessio patris & peculij non decrescentis cõditio durat, & patitur. Etiã post mortem filij *f. l. 18. D. Ad l. falc.* tantisper donec peculiũ quod adhuc est, aut fuit, quasi quædã hereditas a patre reapse occupetur propriè peculij, quod fuit, aut est, jure eodé modo; quo patris familiæ cujuslibet bona eo mortuo, mortui, cujus fuerunt, sona adhuc dici, & nihilomiuus hereditas ejus esse ac jure successionis occupari possunt. Ait Adversarius

tius,*d.pagin.* 31.*col.* 2. moriente homine, *qui peculium habuit, mori peculium*,*l.*40.D.*de pecul. l.* 1.§.3. *Quand.de pecul.act.annal.*Erras. Quinimo Schifourdigere peculium moritur, cum ademptum sit, *d. l.* 40. non ademtum vivit post mortem adhuc per annum vtilem in sua illa juris vniversitate propter obligationem eousque a prætore productam *l.* 1.§. 1.§. 2. §. 3.*l.vlt.*D. *Quand. de pec.act. annal.* Neque resistit *d.* §. 3. quasi morte extinguatur omnino. Peculiũ extinguitur morte ejus, qui illud habuit, & respectu ejus, qui illud habuit, *d.*§. 3. & *l. vlt. d. tit. Quand. de pecul. act. ann.* respectu patris quatenus actione de peculio adhuc conveniri potest, & creditorum intuitu, quatenus eum eatenus possunt convenire adhuc per annum vtilem a morte ejus qui illud habuit, definitione peculij vtendum est *d.l.vlt.* Ais *d.pagin.* 31. *col.* 2. *in fin.* jus patris, quod *in peculio filij habet, prius incipere, quàm verum sit, filium decessisse.* Ridiculus es. Immo jus patris, quod in peculio filij habet, incepit ante peculij constitutionem respectu earũ rerum, quas ante quam eas peculij jure in filium transtulit, jam adquisiverat, aliàs jus patris, quod in peculio habet, incipit ab eo tempore, quo nascitur peculium, durat jus illud patris, quam diu crescit, quamdiu non omnino decrescendo interciderit, quamdiu non moritur, quamdiu

diu post mortem filij fam. a patre non fuerit occupatum. *vid. supr.* Ais, *d. pagin.* 31. *col.* 2. *in fin.* jus peculij *post mortem filij incipere non posse, vtpote quo tempore peculium amplius nullum sit; ac ne pater quidem.* Adhuc eâdem oberras chordâ. jus peculij, in peculio quod habet pater, a quo tempore incipiat; item quo sensu & quamdiu post mortem filijfam. nondum nullum sit omnino, didicisti jam plus satis, *vid. not. prox.* neque repetere in animo erat, nisi dixisses post mortem filij patrem non esse amplius patrem. Immo ubi quis semel pater extiterit non potest mors filij efficere, vt qui semel pater extitit, desinat pater esse, *fac. l.* 58. *in fin.* D. *de hered. inst.* aut vereor, ne quod semel factum, reddi posit infectum. Ais *pagin.* 32. *col.* 1. patrem *filij, cui nulla sit hereditas, quasi heredem dici non posse.* Cedò, quid per ista, *cui nulla sit hereditas?* Ludis; cui & propriè nulla est hereditas, & impropriè, nulla, hoc est cui quoque, nulla velut hereditas est, equidem fateor patrem non dici esse talis filij quasi heredem. Disputatio hîc tua & mea est de filiofam., qui peculium reliquerit, quod quasi hereditas post mortem filijfam. quemadmodum haberi posit jam abundè ostendimus liberioris oris si sum, doctissime Schifourdigere, ignosce: munivisti te malè. Nam vt probes *d. pagin.* 32. *col.* 1, patrem filij quasi heredem dici

dici non posse, probare hoc conaris ex eo, quòd nequeat fieri, vt valeat testamentum sine herede. Hem: an filiusfamilias (de hoc enim agis) condere possit testamentum? subsisto, utrum hoc ex illis tuis verbis non colligi possit facilè. Sed esto, ab isto errore vt immunis sis, te judicem fero, num existimes, id inde probari, quod conaris probare. Ais porro, *d. pagin.* patrem filij *quasi heredem dici non posse, cum nequeat fieri, vt heres quisquam sit, sine hereditate.* Iterum te judicem fero, an non ista innuant patrem fore filij quidem heredem, sed sine hereditate? redi ad te: mox intelliges responsionem. Nam ecce patrem filij heredem dici non posse tertia tua probatio est, *eo quòd heres is demum dicatur, cui delata & adquisita sit hereditas.* Iam intelligo: confundis terminos pro tua libertate. Primum de testamento filijfam. non est, quod laboremus. Scis præterquam de castrensi peculio id jus filiofam. negatum. Ergo transeat suspicio erroris illa citra probationis alicujus ex eo factæ suspicionem, nedum confessionem. De filiofam. videamus, citra testamenti, (vtpote quod facere nullus potest) intuitum qui mortuus sit relicto peculio: fatemur patrem, quem reliquerit superstitem, ejus non esse heredem; fatemur peculium non esse hereditatem; fatemur denique patri, quoniam habeat jus occu-

paudi peculium suo jure, non eo ipso aliquam esse delatam multo minus adquisitam hereditatem. Quid tum? Recte dicimus patrem haberi posse pro quasi herede; peculium haberi posse pro quasi hereditate: hanc denique quasi hereditatem haberi posse patri quasi delatam & quasi ad quisitam. Neque hîc tuæ copiæ aut a Magistro tuo vllæ: optatò quod accidit. Facundiæ namque floribus nos aspergere non sufficit ad rem veniendum, & de re respondendum fuerat, aut tacendum.

CAP. XXIII.

In peculio castrensi similiter patrem quasi heredem haberi posse post obitum filijfam. militis.

NVllius audaciæ fiducia nostra cesserit. Audax est adversarius. Amore igitur & judicio vestigia me ejus legere necesse est, vt compensem damna, si quæ dedit. Ait *d. pagin. 32. col.* 1. privilegio Constitutionum *prius inducendum fuisse, vt militis filijfamilias in castrensi peculio quasi testamentaria hereditas haberetur, quàm vt ei quis heres possit existere l. 2. l. 9. in prin.* D. *de Castrens. pecul.* Error non levis. Nam vtique ab ipso Constitutionum tempore vera & propria fuit hereditas, *in princ. inst. Quib. permiss. fac. test. tot. tit. de milit. test. conf. l. 2. §. 2.* D. *famil. Exercisc. l. 18.*

l. 18. D. *de stip. serv.* Ait, *d. pagin.* 32. *col.* 1. filium familias militem *qui testamentum fecit, quasi hereditatem relinquere, & tamen eum, quem instituit, verè heredem facere, non quasi heredem.* Ridiculè: immo Schifourdigere, qualem heredem facit, talem relinquit hereditatem & econtra qualem hereditatem relinquit, talem heredem in ea facere potest, non perfectiorem aut imperfectiorem heredem alium *fac. l.* 18. ibi, *fictio legis Corneliæ & hereditatem & heredem facit.* D. *Ad l. falc. id.* Atqui fateris extraneũ, qui in castrensi peculio a milite filiofamilias heres institutus est, verè & propriè heredem fieri, *iuxt. d. l.* 9. *in princ.* D. *de Castr.* Ergo disce, si voles, ex propriè accepta hereditate (*vid text. expr. in l.* 18. §. 1. *in fin.* ibi, *fiatque hereditas* D. *Ad. l. Falcid.*) ei tale tribui nomen eo sensu, quo liberi vocantur ex libertate, *in* §. 1. *Inst. de jur. pers.* non ex quasi hereditate surgere istum propriè heredem. Vbi quasi hereditas est, ibi quasi heres est & econtra. Ais, *d. pagin.* militem qui testamentum fecit, post mortem relinquere quasi hereditatem, atque id nullam habere difficultatem, cum a filiofamilias milite heres extraneus est institutus. Falleris. Immo militem filium familias, de peculio castrensi qui testamentum fecit extraneo instituto herede, (non quasi, sed propriè accepta voce) talem hereditatem relin-

relinquere expeditum est *l.* 18. ibi, *extraneo herede instituto fieri hereditatem* D. *Ad l. falcid.* qualem testamenti factionem in peculio castrensi habet, quale jus donandi mortis causa & non mortis causa. Atqui hæc propriè habet *l.* 7. *§. vlt.* D. *de donat.* Ais, *d. pagin.* 32. *col.* 1. si pater *a filiofam. milite in peculio castrensi scriptus heres sit, nullam hereditatem dici posse, patremque bona filij non quasi hereditatem, sed quasi peculium occupare l.* 18. *Ad. l. falcid.* Nulla, quod miror, oracula loqueris. Ait Paulus *jus pristinum* durare & *peculium* manere peculium; non propriè hereditatem fieri eo casu. *l.* 18. *Ad l. falc.* Quinimo *ius pristinum* admittit, ita tamen, vt nihilominus eo casu peculium, quod peculij jure a patre propriè occupetur, impropriè quasi hereditas sit. Neque istud ego dico, sed ipse Paulus, (quem allegas) *in d. l.* 18. Tam apertè, vt indigner te non vidisse. Nam ait patrem filijfamiliæ bona in codicillis restituere jussum ea quasi patrisfamiliæ bona restituere cogi, tum beneficium legis falcidiæ a Divo pio *in successionibus etiam in testatorum* (quanto magis in successione testamentaria in peculio, de qua ægitur *in d. l.* 18.) introductum in ea quasi hereditate locum habere. Immo, quod plus est, vocat patrem heredem scriptum & vtut omissa ex testamento aditione peculij jure bona filijfam. occupare debeat, propter jus

pristinum,

pristinum, quod in sua persona durat. *iuxt: d.l.18.* propter istum titulum quasi heredis *exemplo Edicti* (hoc est in speciem legis cujuspiam spicialiter eum ad hoc constringentis) ad præstanda legatarijs sua legata convenietur, *d. l. 18.* Iam verò quid sunt quasi patrisfamiliæ bona, (quæ militis filijfamilijs defuncti bona sunt. *in d. l. 18.*) aliud, quàm quasi hereditas filijfamiliæ? aut cur non titulo quasi hereditatis pater cogeretur ea restituere *iuxt. d. l. 18.* quæ peculij jure restituere ineptissimum esset? item si pater eo casu non esset quasi heres, quo titulo quasi quartam deduceret *in d. l. 18.* item si pater non esset *quasi heres*, cur heres vocaretur in *d. l. 18.* ibi, *heres scriptus l. 9.* ibi *heredem patrem de Castrens. pec. l. 17. d. tit. de castr. pec.* postremò si pater eo casu non esset quasi heres, quo jure legatorum præstandorum nomine conveniri posset, *iuxt. d. l. 18?* Ex peculio vt pater nuspiam deducit quartam. Propter peculium vt peculium nuspiam convenitur legatorum nomine. Legata qui præstare nomine defuncti cogitur, hereditarias actiones excipit, aut quasi hereditarias, *fac. l. 40. de obl. & Act.* Atqui talis est pater jure prætorio qui castrense peculium intestati filij retinet jure peculij non propriè hereditatis titulo, *l. 17. in princ. de Castr. pec.* Atqui talis est pater etiam Civili jure, qui te-

ſtamento filijfam. militis ſcriptus heres extiterit *d. l.* 17. *in princ.* Ergò concludere tutò quid ni liceat, patrem a morte filijfamilias in peculio relicto quaſi heredem cenſeri. Neque eſt aliter; ſed ita. *Ite nunc Studioſi & iuriſprudentiâ F●rianâ vos ingurgitate.* Ais Schifourdigere *d. pagin.* 32. *col.* 1. veriorem eſſe *Pauli* ſententiam, *qui ſcripſerit patrem bona filij non quaſi hereditatem, ſed quaſi peculium occupare in d. l.* 18: *Ad l. falc. minùs verè in alia ſententia eſſe Ulpianum in l. 9. de Caſtr. pec. cum papiniano in l.* 17. *de Caſtrenſ. pec. dum hac in re inter extraneum & patrem idem ius ſtatuunt.* Iudicio nondum ſubacto pronuntias tale judicium. Immo Paulus non negavit *in d. l.*18. patrem quaſi heredem eſſe, item filijfam. bona quaſi patrisfamiliæ bona ab eo reſtitui *vid. not. prox.* idē admittis cōfirmari a papiniano *in l.* 17. Quid ergo? Aliud eſt, quo titulo deferantur bona filij, aliud quo jure habeātur aditione ab herede extraneo facta, aut occupatione jure pecúlij a patre facta. In Caſtrenſi peculio miles filiusfamilias teſtamenti factionem habet *l.7. in fin. de don. l.*18. *de ſtip. ſerv.* ideoque tam ad patrem, quàm ad extraneum heredem ſcriptum bona ejus deferuntur, quaſi hereditas, *l. 9. in princ. l. 2. in fin. de Caſtr. pec.* hoc eſt, nondum in qualitate hereditatis propriè acceptæ. Quid ita? vbi extraneus iſtam quaſi hereditatem

adierit,

adierit, ab eo tempore retrò hereditas & quidem propriè fuisse & esse censetur. *l.* 193. *de Reg. iur. l.* 2. §. 2. *fam. ercisc.* Quod scitu propterea vtile. Nam aliàs si hereditas quà delata propriè hereditas in castrensi peculio censeretur, quia semel hereditas fuisset, non posset desinere esse hereditas, nedum repudiata in peculium patris converti, & reverti, *iuxt. d. l.* 9. *de Castr. pec.* In Castrensi peculio hereditas delata & nondum aditione adquisita nondum est hereditas *l.* 18. *de stip. Serv.* Goth. *ad l.* 2. §. 2. D. *famil. Ercisc.* Ergo quasi hereditas tam patris respectu quàm extranei non immeritò habetur, quamdiu delata tantùm, & nondum adquisita est *iuxt. d. l.* 9. *de Castr pec.* Verumenimuero vbi pater heres scriptus in castrensi peculio bona filij (*fac. l.* 2. *de Castr. pec.*) apprehenderit jure peculij omissa aditione propter *jus pristinum*, quod non obstante institutione ei salvum, ab eo tempore, (ac si filius miles intestatus decessisset) retrò pro peculio proprie haberi incipiunt: ita tamen vt propterea *quasi hereditatis* nomen non omnino exuant, quod semel habuere *d. l.* 18. *Ad l. falcid.* Idque ob solvendum aes alienum intra modum ejus & annum vtilem jure prætorio *l.* 17. D. *de Castr. pec.* tum vt frui possit privilegio Falcidiæ inductæ a Divo pio in successionibus tam testatorum, quam intestatorum

d.l. 18. *Ad l. falcid.* Atque hæc explicari meruere. Nunc iterum adeſdum Adverſarie cominus. Ais *d. pagin.* 32. *col.* 1. ſi filiusfamilias *inteſtatus deceſſerit bona filij caſtrenſia non quaſi hereditatem ſed quaſi peculium patri deferri l.* 2. *de Caſtr. pec.* Rectè: quà delata, nondum quaſi hereditas, nondum peculium ſed quaſi peculium habentur *d.l.* 2. Vbi occupata fuerint, propric peculij jure cenſentur, & retro peculium fuiſſe *vid. not. prox.* Adhuc ais, *d. pagin.* 32. *col.* 1. ſi pater in *caſtrenſi peculio non dici poſsit quaſi heres filij, multo minus ijs nominibus abutendum eſſe in peculio profectitio & adventitio.* Sed immo lucidiſsimè jam oſtenſum: patrem in caſtrenſi peculio non tantum quaſi heredem dici poſſe, ſed cum aliquo etiam effectu haberi poſſe *iuxt. l.* 18. *Ad l. falc. l.* 17. *de Caſtr. pec. l.* 2. §. 2. D. *famil. Erciſc. vid. ſupr.* Ais, *d. pagin.* 32. *col.* 1. patrem *non poſſe dici quaſi heredem in peculio filijfamilias, id probari ex l.* 7. §. 10. D. *de Sc. Maced.* Quàm velles, vt aliquis ſaltem tibi textus alicubi propitius eſſet. Immo Vlpianus clarè pro nobis *in d. l.* 7. §. 10. quærit, vtrum heres filijfamilias exceptione SC ti vti poſsit, reſpōdet heredem ejus non tantum, ſed & ejus quaſi heredem poſſe. Quid ita? ſi filiusfamilias deceſſerit, poſt patrem, quia tunc paterf. deceſſerit, heredem ejus, quem reliquerit, exceptione vti poſſe. Sin ante patrem deceſserit, patrem quaſi

here-

heredem ea vti posse. Quid clarius? Ais, *d. pagin. 32. col. 1. in fin.* confundi jura, & nomina castrensis & profectitij peculij, si pater dicatur in peculio profectitio *quasi heres* post mortem filij. Non est ita: retinent æquè singula ista peculia suam proprietatem, singula suum nomen. Tum in vtroque peculio Domini sentétia æquè favorabilis est.

CAP. XXIV.

Leges, ex quibus probatur, post obitum & non ante obitum filij f. patrem posse haberi pro quasi herede in omni peculio; enervatis Adversariorum ad eas responsionibus, fusissime explicat.

SPero me ex mensura affectionis, qua de Domino in hujus materiæ tractatione meritus es, quàm cumulatissimè satisfacere exspectationi tuæ Clarissime Schifourdigere, modò mediocribus ingenijs non offendâre. Fateris *pagin. 32. col. 2.* satis ingenuè *l. 3. §. 9. D. de Minor.* (qua Dominus ad sententiæ suæ comprobationem vsus est,) *esse nodum sævum, terribilem, nulla denique arte dissolubilem* nisi *regia & peregrina ope* hoc est, gladio Alexandri Regis quondam Macedoniæ dissecetur. *Confessio est medicina errantis*: da herbam. Enimvero ad opem istam peregrinam qui confugit, aut in arte nostra peregrinus est, aut des-

 perat,

perat, dum eò adſpirat, Ais, *d. pagin.* 32. *col.* 2. locum iſtum (*d. l.* 3. §. 9.) à fabro tanquam Pharo in juriſprudentiæ freto feliciſsimè eſſe notatum. Quid? *eò dementiæ venimus, vt quæ parcè adulatur, pro maligno ſit*. Igitur notabiliter Tò *feliciſsime*: parcè Tò *notatum* accipi poſſe notabile eſt. Siquidem haud auſus es, *correctum*, dicere quoniam correctio ejus, quam inire auſus fuit 4. *Coniect.* 5. mera depravatio foret, ſi reciperetur. Bene eſt: reſilijt ſervata litera, an citra errorem, videbitur. Ais *d. pagin.* 32. *col.* 2. nihil abſurdius *dici, quàm patrem in re peculiari quaſi heredem dici, ex ſententia Fabri in rational. ad d. l.* 3. §. 9. Quaſi vero, quicquid Faber veriſsimum judicet, idem nobis falſiſsimum judicare eadem libertate non liceat, ſi verior nos ratio ducat? Equidem ante obitum filijfam. ſi putas patrem dici poſſe *quaſi heredem* filij in re peculiari, fateor libens id abſurdiſsimè dici: adeoque eam ob cauſam indignor deleri à Fabro 4. *coniect.* 5. verba illa, *poſt obitum ejus in d. l.* 3. §. *fin.* D. *de minor.* vtpote quibus ſublatis fieri non poſsit, vt non abſurdiſsimus iſte intellectus tunc ex eo loco reſultet; nimirum; *patrem ante obitum filijfam. quaſi heredem ejus poſſe tolerari*. Dogma intolerabile. Nam obſecro poſt *obitum* filijfam. ſi non admittitis patrem *quaſi heredem* haberi in re peculiari ecquo tandem

colore

colore ante *obitum* filij *quasi heredem* eum tolerari posse, admittere audetis? Ais *d. pagin. 32. col. 2.* illam esse *pomponij mentem in l. 3. §. 9. D. de minor. cum peculium profectitum est, posse filium restitui non solum proprio nomine, sed etiam patrem & quidem vivo, ideoque invito filio.* Non nego in re peculiari nomine filij adhuc vivi & inviti restitutionem postulare, patri permitti *iuxt. l. 27. D. de minor.* At enimvero pomponius nullam mentionem facit restitutionis vivo filio impetrandæ *in d. l. 3. §. 3.* Tantum abest, pomponij ista mens vt sit eo loco verissima, quæ verisimè de vivi filij fam. aut patris vivo filio restitutione ex nullis exemplaribus fide dignis ostendi queat. Velle autem; aut approbare illa, *post obitum* ejus vt deleantur, stoliditas est non confidentia, nedum scientia. Nimis acerbè, inquies doctissime Schifourdigere. Neque nego; personam tuam amplector, ad errores tuos quemadmodum honestum esset, vt connivere deberem. Non sunt tolerabiles. Quid enim, ais iterum *d. pagin. 32. col. 2.* patrem *proprio nomine actione de peculio teneri filij nomine in integrum restitui.* Non est ita: dupondij sciunt ex contractu filij f. & sic nomine ejus patrem actione de peculio teneri neque aliter posse de peculio conveniri, *in princ.* ibi *eorum nomine Inst. Quod cum eo tot. tit. de pecul.* Ais *d. pagin.* heredem *pro*

domino rerum peculiarium vivo filiofam. in d. l. 3. §. 9. accipi oportere: id Fabrum probasse *in Rational.* Itane? si hoc probasse esset, inclementiùs insurgerem. Sed vix hæc seriò dici autumo. Tam aliena sunt, tam abominanda in oculis ejus, qui ex lege & ratione jurisprudentiam aliquo modo metiri didicit, si non moderari. Pomponius vtitur *in d. l. 3. §. 9.* verbo, *heredis*, cedò vbi auditum vnquam aut vspiam *viventis* aliquem dici *quasi heredem*. Quod si verba illa *post obitum* tollatur, necessariò ista absurditas inde confirmabitur. Vt non dicam, quàm inutiliter disputatum foret hactenus, vtrum *mortui* filijfam. *quasi heres* haberi possit pater in re peculiari, si vivo eo talis haberi citra difficultatem non prohiberetur. Neque evaseris, etsi *heredem* pro *domino* acceperis: eadem quippe manserit absurditas. Nam dico secundum jus, quod & olim obtinuit, & hodie in vsu est, vel etiam in libris nostris authenticis vnquam extitit, vel etiamnū extat, nihil absurdius posse enuntiari, quàm patrem non mortuū loco filijf. qui vivit, & nondum mortuus est, fieri posse in re, cujus pater perfectè jam dominus sit *quasi heredem*, id est, quasi dominū morte demum ejus fieri solitum. Provoco ad leges; vti non recuso ratione vlla, quæ non contra rationem est. Certâ sustentor fiduciâ, neminem post hac aliud

sensurum

ſenſurum hac in re, quàm quod jus & ratio tam apertè definiat. Quid? natura rerum invertitur, ſi hîc alius introducitur rerum ordo. Quid ita? Pater vivo filiofamilias perfectè rei peculiariæ dominus eſt, quæsò cui bono ſerviret, vt pater qui perfectè *Dominus* eſt vivo filio, *quaſi Dominus* fieret vivo filio. Enimverò præterquam quod dominium perfectum abſorbeat, neque abſumere id poſsit, quod ad ſui perfectionem non deeſt, pater pro vivo filio vel invito reſtitutionem impetrare poteſt, vi ſui dominij omnimodo *l. 27. de minor.* hoc eſt, nullo quaſi dominij, quod filiusfamilias habere poſsit, reſpectu obſtante. Ad quid igitur patrem, qui omnimodo *dominus* eſt, *quaſi dominum fieri* proficeret? non poteſt amplius ejus fieri, quod perfectè ejus eſt §. 14. *Inſt. de Act.* non poteſt in vna eadem re peculiari dominium ſuum quod habet, mutare in quaſi dominium, Ceteroquin amplius quam ſemel, res, quã perfecto dominij jure habet, ad huc ejus fieri poſſet, *contr. l. 14. §. 2. de exc. rei jud.* Non poteſt dominium niſi ex vna cauſa contingere, *l. 3. §. 4. de Acq. vel amit. poſſ.* Ex qua tandem cauſa patri quaſi dominiũ adjiceretur? Vt non dicam receptus rerum ordo, inuecta hac opinione quàm infirmaretur, ſi non inverteretur. Filiusfamilias vivo patre bonorum paternorum quaſi do-

minus existimatur: vnde etiam filiusfamilias appellatur, sola nota hac adiecta, per quam distinguitur genitor ab eo, qui genitus sit, *l. 11. de lib. & postum.* Ordo: qui inverteretur, si paterfamilias rei suæ fieret aut haberetur *quasi dominus*, hoc est talis dominus, qualis est filiusfamilias. Quid? natura rerum an non obstet, quominus patremfamilias fieri filiumfamilias non absurdissimum foret? Atqui si pater in re peculiari fieri posset aut haberi pro *quasi domino*, talis fieret, talis haberetur. In contrarium vtile est, vt ante obitum filiusfamilias rei peculiaris jure adhuc paululum pleniore *quasi dominus* existimetur. Inutile est; vt pater quasi Dominus rei, quam pleno jure habet, minus pleno eam administret. Quid ita? Filijfamilias quasi dominium quod permissione juris voluntate patris naturaliter ei datum in peculio & adquisitum *l. 8. l. 40. D. de pecul.* eo effectu valet, vt ex contractu augeri peculium possit vel minui liberè. Tum etiam aliquo casu ad filium spectet, vtputa si patris ejus bona à fisco propter debitum occupata sunt. Nã peculium ei ex constitutione Claudij separatur *l. 3. §. 4. in fin. D. de minor.* Patris verò quasi dominio, quod vivo filio imaginantur, qualem tandem vel minimum effectum attribuere possint, nedum adsignant. Et rectè: non necessarium est, quia inutile

inutile est prorsus. Igitur nec tale dominium prudentes agnovere. Tantum abest, vt necessarium sit, vrgente nulla vtilitate tollere ista, *post obitum ejus*, quæ tam evidentem & vtilem doctrinam præ se ferant, *in d. l. 9. §. 9.* quæ denique si tolli mereantur, necessarium esset, vt omnes illæ leges mutarentur, in quibus clarè extat, quod malè negant, *vid. supr. & infr.* Quid enim post obitum filijfamilias restitutionem impetrare nomine filijfamilias qui posset pater, nisi in qualitate quasi heredis? vivum ex persona mortui non commodiore fictione impetrare aliquid posse certissimũ est. Vltima, sed & magna hæc vtilitas est. Addidi plura de æris alieni & legatorum solutione *vid. supr.* quæ & alia jam fusiùs relata efficiunt infelicissimè ista à vobis inventa comprobataque doctissime Schifourdigere. Ac ita quidem; vt mirer, qua confidentia ausis scribere *d. pagin. 32. col. 2.* quod Faber præclarè probarit *in Rationalibus & Conjecturis*, *Pomponium heredem pro domino dixiße.* Quasi verò etsi pro domino heres sumatur, ea, quæ vitatur, absurditas non invehatur *vid. supr.* Quia enim heredem pro domino dixere veteres *§. fin. Inst. de hered. qual. & diff.* ideo & hodie vulgari jure absurdum est, vt ejus, qui vivit, aliquis heres vel quasi esse posit *fac. l. 1. de hered. vel act.* Aut hodie

vulgari

vulgari jure ecquid est *heres* aliud, quàm hereditarius dominus? quid est hereditas aliud, quam hereditarium dominium? Heres est talis dominus, qui in omne jus *mortui*, non tantùm singularum rerum dominium succedit *l.37.de Acq.vel.om.hered.* Ergo *quasi heres* est talis *quasi dominus*, qui in omne jus *mortui* quasi succedit *iuxt.d.l.37.* Si succedit quasi in omne jus *mortui*, falsum est eum succedere quasi in omne jus *vivi.* Aut vbi audita hæc vspiam fictio est, cui ipsa rerum natura tam clarè refragatur, *vid.supr.* Nam & ideo *in l.19.§.4. de Castr. pec.* (quā vnicā pro probatione tā præclara tuus Magister adducit) impeditur libertas, quā pater *vt heres* vivo filiofam. dederat servo ejus castrensi. Quod si autem pater *vt heres* hoc est, *quasi dominus* vivo filio esse non toleretur in causa libertatis, *in d.l.19.§.4.* quam leges tanto passim favore vel contra leges subinde prosequuntur, nullus color afferri poterit, quo *quasi heres* hoc est, ex vestra expositione *quasi dominus* in re peculiari etiam non castrensi vivo filio possit admitti. Quid ita? Castrense peculium ad filium spectat *l.15.§.3.de Castr. pec.* eo vivo pater aliud jus in eo non habet, quàm pendens in eventum, quo intestatus filiusfamilias decesserit, eo quod eo casu postliminij cujusdam similitudine pater *antiquo jure* cessante Constitutionum jure habeat

istud

istud peculium, retroque videatur habuisse rerum in peculio tunc isto existentium dominia *d.l.19.§.3.de Castr.pec.* Atque hoc respectu videbatur non insulsè patrem *quasi* heredem, id est, quasi dominum vivo filio potuisse servum castrensem manumittere *iuxt d.l.19.§.3.* ac quidem salvo filijfamilias pleno jure, quod habet. Vtpote cum quoad viveret filius, eousque jus patris posset cessare, & tandem eo intestatò mortuo, vi paterni quasi dominij servus retro libertatem accepisse videri *iuxt.d.l.19.§.3.* Ceterum non obstante hac dubitandi ratione fortissima, (vtpote quæ si verum esset, heredem pro domino simpliciter accipi eo loci, prout placet Schifourdigero, justissimè obtinere debuisset) negat Tryphoninus ex illa manumissione, quam pater *vt heres* vivo filio fecerat, servum post mortem intestati filij posse liberum fieri *in d.l.19.§.4. de Castr. pec.* Ratio juris est, quod *vt heredem ejus*, qui vivit, aliquid facere absurdum sit, nedum, vt quod ista in qualitate factum, possit subsistere. Aliter quàm si *vt pater* idem fecerit *d.l.19.§.3.* Adeò *heres* ne quidem apud veteres simpliciter idem sonat, quod *dominus iuxt.§.fin.Inst. de heres qual. & diff.* Heres propriè dicebatur olim: ac etiamnum is habetur, qui est dominus repræsentans mortuum dominum: dominus vivus continuans dominium

nium domini mortui. Tantum abeſt, ut illo ex loco probari poſsit vocem *heredis* ſonare idem, quod *domini*. Sat, inquies, ſat de hoc articulo, neque neſcio notas me ſcribere, non tractatus. Ardor expreſsit, quod veritas requiſiuit. Fatetur Adverſarius, *d. pag. 32. col. 2.* quòd pater *in peculio profectitio post obitum filij quaſi heres haberi poſſit, id videri* probari *ex l. 6. §. 4. D. de ſtatulib.* ſed velificatione quaſi mutata ait illum §. aliter poſſe accipi. Agedū quo igitur ſenſu? clarè vtique Vlpianus ante obitum filijfam. heredis inſtituti, per quem patri jam hereditatis emolumentum acquiſitum erat, patrem non appellat *quaſi heredem heredis*, ſed patrem, *in d. l. 6. §. 4.* idque non aliam ob cauſam, quàm quod abſurdum, vt ejus, qui vivit, aliquis *quaſi heres* diceretur. Tum eleganter declarare videtur idem Vlpianus *d. loc.* quare pater ante obitum filij non *quaſi heres heredis ſui filijfam.* haberi poſsit, quod emolumentum hereditatis duntaxat ad illum peruenerit. Qualis heres, vel etiam obſervata proportione qualis quaſi heres in jure noſtro incognitus eſt. Heres, vel quaſi heres plus ſuſtinet, hereditas vel quaſi plus continet quàm emolumentum. Iam verò ſi tam expeditum eſt, quod vos Schifourdigere verum creditis, nos abſurdum, nimirum *heredem* ſimpliter pro *domino* vſpiam poni, cur

non

non hoc loco patrem *quasi heredem heredis vivo filiofam.* hoc est, *quasi dominum domini* vivi censeri debere auctores estis? Non potest hoc loco, ergo nec in alio. ergo; nec *in l. 3. §. 9. de Minor.* Heres est dominus inherens ossibus mortui domini, cui succedit. Pater vivo filiofam. si rei peculiaris quasi heres, hoc est, quasi dominus loco mortui domini censeretur, mirabilis profecto esset ista fictio: patrem inherere ossibus vivi, quasi mortui: patrem haberi loco filijfam. quasi dominum, cum vel ipsus filiusfam. ex cujus persona quasi dominus fieret, non sit dominus. Alia res est post obitum filijfam. *vid. supr.* idque eleganter Vlpianus confirmat allato etiam exemplo extranei in *d. l. 6. §. 4. de statulib.* ne dubitaremus. Sed ais Schifourdegere *d. pagin. 32. col. 2. in fin.* patrem *heredem heredis dici in d. §. 4. non quasi pater post filij mortem dici ullo modo possit heredis heres, sed ut quod in herede heredis constitutum est de pecunia etiam heredis heredi danda l. 34. in princ. de statulib. idem multo magis in persona patris admittendum sit, quippe qui plus iuris habeat in peculio quàm esset heres filij, vel ob hoc ipsum, quod fuit ille heres & dominus ut peculij, ita & hereditatis filio adquisita etiam vivo adhuc filio.* Explicatio, quæ opinionem vestram non stabilit amicissime, sed eneruat. Non agitur de pecunia, quæ jussa fuerit dari heredi heredis *in d. l. 6. §. 4.*

Sed

ſed agitur de pecunia, quam ſtatuliber dare juſſus eſſet heredi, vt liber fieret, quamque quia poſt obitum *heredis*, dediſſet *patri* quaſi heredis heredi, dubitari poſſe videbatur, vtrum ex ea præſtatione liber futurus eſſet. Ratio dubitandi ſuberat, quod vivo filio emolumentum hereditatis jam ad patrem plene perveniſſet, & ideo ceu errore juris ſtatuliber pecuniam, quam heredi dare juſſus erat, dediſſe videretur patri quaſi heredis heredi, qui non eſſet *quaſi heres*. Non obſtante hac dubitandi ratione decidit Vlpianus Statuliberum, qui juſſus erat *heredi* pecuniam dare, eaque ei data liber foret, ſi poſt obitum filijfam. heredis *patri* ſuperſtiti quaſi *heredi filijfam. heredis* eam dederit, ſatisfeciſſe iuſſui, ideoque liberum fore *in d.l.6.§.4.* Iam vtique ſi pater non poſſet haberi poſt mortem filijfam. pro quaſi herede, malè feciſſet, & libertatem non vtique meritus eſſet ſtatuliber dando pecuniam patri quaſi heredi heredis, quam juſſus erat heredi dare. Atqui heres heredis eſt ipſe quoque heres *l. 65.de v. Sign.* cui juſſus erat dare, ideo meruit, ita dando, libertatem *iuxt.d.l.6.§.4.* Ergo concludamus patrem poſt obitum filijfam. in peculio profectitio & adventitio pro quaſi herede haberi poſſe, *vid.* Dom. 2. *hor. furt.* Nam quod ais deinceps *pagin.33.col.1.* particulam *quaſi* non ſimilitudinem vel *impro-*

prieta-

prietatem significare, sed approbationem tam *in l. 3. §. 9. de minor.* quàm *in d. l. 6. §. 4.* Illud accipio, acsi desperabundus clypeum abijciendum vobis vereare. Recte: Quid enim admissa ista approbatione aliud dici posset, quàm post obitum filijfam. patrem in peculio filijfamilias non *quasi heredem* fore sed *verè heredem*. Si ita sentitis, vestrarum partium nullus jurisperitus erit *vi l. supr.* Apage sis *turbidum in iurisprudentia nostra ingenium*, *abite à iurisprudentia Ophiogenes*, *abite Psylli nati venena tantum exsugere iurisprudentiæ*, non intelligere rationem qua regitur & vehitur jurisprudentia. Tollitis *in d. l. 3. §. 9. de minor.* pro vestro jure illa, *post obitũ, eius* eaque mutatione præsupposita docetis particulam *quasi* proprietatem exprimere: proinde patrem in peculio propriè heredẽ esse tã vivo filiofamilias, *iuxt. d l. 3. §. 9.* quàm eo mortuo *iuxt d l. 6. §. 4.* Ecquis fando talia vnquam audivit? Immo nisi hæc in paginis, quas citamus, extarent, vix credi mererentur. Tam aliena, tam horribilia sunt. Ite nunc & fistulas vestras inflate ex lexicis vestris φεῦ φεῦ τῆς φλυαρίας, *iuxt. pagin.* 24. *col.* 1. neque enim sævus sum: dum ista tam severè. Verbis ijsdem honoramini, quibus tam irreverenter in hac materia alios honorastis: quæ injustitia *fac. tot. tit. Quod quisque iur?* nondum desino, quia pergis doctissime Schifourdigere *d. pagin.* 33.

col. 1. dum *ad l. 6. D. de Restit. in Integr.* (quam *L.* pro sua sentētia Dominus adversus vos attulerat) *non rectè respondes.* Quasi verò non pater censeri posit post obitum filijfam. *quasi heres* in castrensi peculio ad eundem modum, quo censetur quasi heres in profectitio. Præteris hæc, & veniam mereris, quia peccâris graviora. Pater cū dicitur quasi heres censeri posse in castrēsi peculio filijfam. mortui, talis sit, præsuppositis terminis habilibus, videlicet cum vel intestatus filiusfam. decesserit, vel heres scriptus sit, non verò si extraneus. Ab intestato cum succedit, propter jus pristinū, quod retinet, jure pristino, non jure Constitutionum, jure vulgari, non militari, (vis plura) jure peculij, non hereditatis succedit *l.* 18. *Ad l. falcid. l.* 9. & 19. *l.* 17. *de Castr. pec.* Ergo hoc casu quasi heres est eodem modo, quo est in peculio alio. Neque aliud est, nedum aliter docendum, vbi pater est scriptus heres *l.* 18. *D. Ad l. falc. vid. supr.* nisi quod vbi scriptus est heres paulò apertius pro hereditate peculium castrense patri deferatur *iuxt. l. 2. de Castr. pec.* Id quod eousque oportuit tradi propter beneficium testandi de tali peculio, quod filiof. militi competit *l.* 18. *de Stip. serv.* aliàs scimus privilegium hoc in patre herede scripto deinceps cessare, quandoquidem aditione opus non habeat *l.* 18. *Ad l. falc.*

vtpote

vtpote ex qua omiſſa teſtamentum de peculio caſtrenſi factum cenſetur omiſſum & jus priſtinum ipſo jure reſtitutum retro *d. l.* 18. *d. Stip. ſerv. l.* 9. ibi, *repudiaſſe*, item, *verſic. idem l.* 19. §. 3. D. *de caſtr. pec.* Atque hactenus duo graviſsima mala profligaſſe te jactas *d. pagin.* 33. *col.* 1. *primum quod condictio furtiva in patrem non negetur: ſecundum, quòd parens quaſi heres ſit in peculio filij.* Benè, bene, ſed quàm feliciter iſtud tuum tam bene tibi ſucceſſerit, jam abundè demonſtratum eſt. Sigillatim vtique tuus tibi error indicatus eſt. Quid mirum, ſi vitia tam multa non ſperatis: non videmus vulgò, manticæ quod in tergo eſt; *veniam dabit ignorantia culpa* Ais, *d. pagin.* 33. *col.* 1. inter patrem & heredem *magnam eſſe differentiam.* Quis negat aut vbi Dominus aliter? poma ſunt iſta tua, quæ proijcis, ſed quæ natant, & non citra calumniam. Quia enim magna ſit differentia, ideo non vult patrem pro herede filij, vivo filio haberi, *vid. ſupr.* Ais, *d. pagin.* heredem *furis condictione furtiva teneri, patrem non teneri ſed actione de peculio, ſi credimus Tribomano.* Crambe jam multoties cocta: pater ex cauſa furtiva in peculium quomodo teneri poſsit condictione furtiva, abunde deciſum eſt, *ſupr. c.* 21. tum etiam defenſus, niſi fallor, excellentiſsimus Tribonianus. Ais *d. pagin.* 33. *col.* 1. in heredem *competere condictionem: vt heredem actio-*

nem de peculio in patrem dari vt patrem non vt in heredem. Rectè: nuſpiam aliud docuit Dominus, *vid. ſupr.* ſi patrem intelligas conveniri nõ excluſo filio, cujus nomine actione de *peculio* convenitur, *in princ. Inſt. Quod cum eo.* Tum etiam *vivo filio* iſta ſi intelliguntur: poſt obitum aliàs ignorare non poteſt, quod jam defenſum ſit. Ais *d. pagin. heredem furis vitiorum eſſe ſucceſſorem: patrem ex furto filijfam, neque ſucceſſorem eſſe neque participem furti.* Immo quid ſit *vitiorũ ſucceſſorem eſſe* ignoraſti plane: ſi nõ meminiſti, reſpice *ad c. 18. ſupr.* pater nõ eſt ſucceſſor juris; poteſt in rem furtivam, quæ ad eum pervenerit, eſſe ſucceſſor *iuxt. l.* 8. D. *de Iureiur.* Quod ſi igitur vitiorum non ſit eatenus ſucceſſor, prout tua fert opinio Schifourdigere, poterit rem furtivam vſucapere, ſi bona fide eam adprehenderit. Atqui res furtiva vitio furti adeò effecta & afflicta deprehenditur, jacetque vt vſucapi non poſsit. Ergo & pater, quà in rem furtivã ſuccedit, etiam in vitium rei ſuccedit. Quod perperam proinde negaſſe te certiſsimum eſt. Adnectis *d. pagin. 33. col. 1.* condictionem furtivam, *qua heres tenetur, in ſolidum dari; actionem de peculio, qua in patrem competit, in id ſolùm, quod pervenit.* Ex controverſis non petenda eſt probatio: vtrum in ſolidum detur adverſus heredem condictio, inter nos controverſum, immo ipſa controverſia

eſt,

est,de qua disputamus tam feruidè. Actio de peculio suam habet naturã, ac quidem cum ex contractu est, pro viribus peculij competit. Ex delicto regulariter non cõpetit; quare tamen in quantum pater ex furto filijfam. locupletior factus est, actione de *peculio* teneatur, liberaliter executus an nõ sin, *supr. c.* 20.*&* 21. si liberalis ingenij es, mi Schifourdigere, minue irã in posterũ, erimus frugi, modestioresque. Saltẽ ita decet vtrimque. Aut tuo juris magistro vtilitas quanta erit, si errores quibus errores ejus scatent, se vivo detegantur felicissimè, *iuxt. epist. oper Shifourdig. præmiss.*

CAP. XXV.

Resumit argumenta quædam, quibus probare conantur condictionem ex nulla parte poenalem esse; in fine defendit Tribonianum in l. 9. *§*. 1. D. *de furt.*

NOndũ desciscã à proposito: quæ primore loco proposuisti clarissime & doctissime Schifourdigere, sumã mihi posteriore. Ais *libr. 2. q. 1. pag. 1. col. 2.* furti actione *pœnam peti legitimã: condictione rẽ ipsam, l. 7. §. 1.* D. *de Condict. furt.* Quasi verò negativa, vt eã vocãt, tam simpliciter probari posſit aut haberi pro probata. Difficile est probare Negativam. Nullam poenam petimus condictione furtiva talem,

qualis eſt poena conſtituta in actione furti *iuxt.* §. 14. *Inſt. de Act.* Hinc concludis *d. pagin. 1. col. 2.* nullo modo *vi condictionis furtivæ pœnam peti.* Erras: talis poena per eam non petitur: alio ſenſu actio adhuc poenalis eſt, *vid. ſupr. c. 4.* Neque aliunde Dominum oppugnaſtis, quid periculi? pœnam furti non condictione peti, ſed rem, conceſsit vbique, omni pœnâ eam deſtitui negavit. Salva res eſt: omnis actio, quæ ex delicto naſcitur, ex ſui natura pœnalis eſt in eo, quod adverſus delinquentem detur, *fac. l. 32.* D. *de pœn. l. 155. §. 2.* D. *de Reg. jur. l. 60. de obl. & Act. l. 130.* D. *de Reg. iur.* Ex quo ceu principio certiſsimo profluxit differentia illa certiſsima: *ex maleficijs actiones non dari adverſus heredes, ſicuti ex contractibus actiones adverſus heredes dantur,* plane vt prope inſaniam ſint illi, qui ex delictis naturales obligationes oriri colligunt, veluti in poenam conſentiat is, qui delinquit; id quod colligere ſolent *ex l. 1. §. ad beſtias* D. *de his qui not. Inf. l. 5.* D. *de iuſt. & jur.* tam futiliter, vt mirer talis ſententiæ vllos reperiri poſſe, aut authores aut ad ſeclas. Nā etſi ipſe Ariſtoteles ipſa etiā delicta inter συναλλάγματα reponit, ea tamen non à conſenſu, ſed à legis poteſtate proveniunt, id eſt, alteri alterum obligant, non conſenſu ſed lege, *vid.* Bert. Argenter, *ad Conſuetud. Brit. Art. 273. tit. de hypoth. præ-*

ſer.

*ſcr. num.34. in fin.*dum delicta,quæ judicat ex Republica eſſe, vt coerceantur præcipit coerceri, conſtitutis cum pœnis pro gravitate vniuſcujuſque criminis, tum actionibus quibus id,quod ob delictum nobis abeſt, recuperemus. Pœna eſt delicti vindicta *l. 131. de v. Sign.* delictum actione ex delicto inſtituta aliquo modo vindicatur, & quoniam aliquo modo vindicatur, ideò naturâ ſuâ adverſus heredem in ſolidum non datur actio ex delicto etiam merè rei perſecutoria,aut ex conſenſu delictum patientis & facientis actionem iſtam deduci oporteret, non ex delicto. Quod prope inſaniam foret, prout dictum. Quid? Fructus aut ſunt naturales,aut civiles: Naturales aut in ſpecie naturales iterum ſunt, aut induſtriales. Non aliter actiones ex delicto omnes generaliter primùm ſunt eo ipſo ſatis poenales,eo quod ex delicto ſint: Deinde aut merè pœnales ſunt, aut miſtæ, aut merè rei perſecutoriæ. Hic pœna mera quæ petitur in actionibus merè pœnalibus, & quæ præter rem in mixtis exigitur, pœna princeps eſt propria & vera, quia delictum vltra id, quod abeſt, punit *vid. ſupr. c. 4.* ceteræ actiones ex delicto pœnales ſunt,non tam ex eo quod vltra id,quod abeſt, delinquentem extrinſecus puniant, quam quod eum imperata rei reſtitutione coerceant, ne delictum agnoſcant relinqui

omnino impunitum. Atque hæc Adversarius non adsecutus vbique clamitat, *condictionem furtivam non esse actionem pœnalem?* Quasi verò condictionem furtivam Dominus actionem ex delicto merè vel mixtim pœnalem esse dixerit vspiam. Quid ergo? condictionem ab actoris parte dixit esse actionem merè rei persecutoriam, ideoque inter eas actiones relatam, quibus res petitur §. *14. Inst. de Act.* Quo quid verius? à parte Rei dixit eam vel eo ipso esse *satis pœnalem*, dum fur, vt dominus sibi rem ablatam condicat, pati cogitur, tum, vbi victus est, non obstante admirabili actionũ contrarietate dare domino, quod domini est. Satis pœnalem in eo quis non videt condictionẽ furtivam à Domino dici pro *aliter pœnalem*, quam vulgo dicitur illa actio, quæ vltra id, quod ob delictum abest, veluti in actione furti, aut si etiam nihil abest *fac. l. 5. D. Ne quis eum* emolumentum pœnæ loco à lege constitutum sibi pro pœna persequitur *vid. supr. c. 4.* Summatim condictio satis pœnalis à Domino dicitur isto sensu, quod quia ex delicto sit, inde satis pœnalis sit, id est, sufficiens ad impediendum, ne transmittatur in solidum. Sed ais, *d. pagin. 1. col. 2. in fin.* quorsum illa antithesis *pœnæ & rei, quorsum differentia actionis furti & condictionis, si condictio non solius rei sit.* Quasi verò etsi con-
dictio,

dictio solam rem persequatur, prout nuspiam Dominus negavit, propterea adversus heredem in solidum dari debeat. Actio ex delicto non datur adversus heredem in solidum: Aut fieret pœnalis eo casu, quo vltrà quam ad heredem pervenerit, heres puniretur. Quale argumentum: *actio furti meram pœnam persequitur, ergo condictio non eatenus satis pœnalis est quatenus ex delicto datur* ergo nulla differentia est inter actionem furti & condictionem furtivam. Ac si diceres: actio furti merè pœnalis est, ergo actio de dolo non pœnalis est eatenus, quatenus ex dolo datur; ergo nulla differentia actionis furti & actionis de dolo. Diversæ sunt hæ actiones: tales etiam sunt actio furti & condictio. Ergo quod in vno adfirmatur, in altero non negatur & è contra. Nimis laboriosè actionem furti & cōdictionem conjungere paras Schifourdigere. Differentia bona & sufficiens est, *actione furti meram poenam nos persequi: condictione furtiva meram rem ablatam.* Quis vnquam negavit? Condictio non est tam plenè pœnalis, quam actio furti. Vtraque peræque pœnalis est in eo, quatenus vtraque ex delicto censetur. Quoad cetera furti actio est merè & ideo magis poenalis: condictio nullo modo poenalis, sed fiet magis, quam est, poenalis, si ex delicto adversus heredem in solidum concedatur.

Quo ſenſu jam non ſemel locutus ſum, *vid. ſupr. c. 3. 4. & 5.* Præſupponis *pag. 2. lib. 2.* condictione furtiva *tam poenam quàm rem nos perſequi.* Nugæ: quis vnquam cogitavit? Vacillas: certo pede progredi ſatius & tutius eſſet. Condictione ſolam rem ablatam perſequimur; ſi ex delicto detur, in ſolidum non poterit dari citra exceptionem à regula. Aut fiet in herede poenalis eo caſu, quo nihil ad eum pervenerit. Ais, *condictionem furtivam ideo non eſſe ex vlla parte poenalem, quoniam odio furum introducta ſit, quò magis pluribus actionibus teneantur. Magis,* interpretaris, arctius, efficacius, durius *lib. 2. pagin. 3. col. 1.* Quaſi verò hinc illa Negativa, *condictionem non eſſe ex vlla parte pœnalem,* probes probè. Nihil minus. Immo in contrarium in ſola furis perſona cernitur illud juris odium, quo effectum eſt, vt extra pœnam dupli vel quadrupli, quæ per actionem furti manifeſti vel non manifeſti petitur, etiam condictione furtiva fur teneatur *§. 14. Inſt. de Act.* Quod autem taliter perſonale eſt, perſonam furis non egredi debet, multo minus ad heredem tranſire in ſolidum, *arg. l. 21. de vſu & hab. l. 68. de Reg. iur. l. v. tio Cod. de Acq. poſſ.* præſertim cum quod iſto modo odioſum eſt, *fac. l. 40. de Cond. Indeb.* ſua in menſura iſta ſatis pœnale ſit, *iuxt. l. 9 §. vlt. Ad SC. Macedon.* Tum in ſola furis perſona

persona, non heredis cernitur odium facti, hoc est, delicti, ex quo condictio nasci & competere præsupponitur *l.* 10. §. 2. *de Comp.* Delictum autem omne morte ejus, qui fecit, extinguitur, *l.* 5. D. *de Calumn. l.* 16. §. *vlt.* D. *Quod met. caus. l.* 9. *de iur. fisc. l.* 12. D. *Ad l. Corn. l. de fals.* Ergo ad heredem non transeunte causa, hoc est, delicto, neque effectus transire poterit, id est actio ex delicto procreata ad ejus coërcitionem. Pœna dupli aut quadrupli fures constat teneri: extra illam furti pœnam ait Imp. furi rem ablatam condici posse, *in* §. 14. *Inst. de Act.* Hoc nemo negat aut negavit. Negamus, quoniam ista pœna aut similis præter rem & cum re non condicatur, inde sequi in condictione, quà ex delicto est, propterea omnino nihil pœnale versari. Admittis doctissime Schifourdigere, *fures, quò pluribus actionibus teneantur, eò arctius, efficacius, duriùs constringi d. pagin.* Dum autem pluribus actionibus ex delicto abnoxij duriùs obligantur, vt elabi aut frustrari minus queant, an non coërceantur magis eorum furta? an non eo ipso aliquid pœnale patiantur? In obligationibus ex contractu vel quasi pluribus actionibus teneri non est pœnale. In materia delictorum pluribus actionibus teneri, quò arctius, efficacius, & durius teneantur, prout rectè exprimis, est pro sua pœnæ mensura

mensura pœnale. Neque dixit Imp., quando dicit, effectum esse, vt extra pœnam dupli aut quadrupli rei recipiendæ nomine fures condictione teneantur, nullam pœnæ cujusdam alterius figuram in condictione furtiva considerari posse. In actionibus ex delicto merè pœnalibus non tam delictum, quam pœnam meram persequimur *l. 32. Ad l. Aquil.* In actionibus ex delicto partim pœnam, partim rem persequentibus pœnam & rem persequimur, nō tam delictum, *§. 18. Inst. de Act.* In actionibus ex delicto merè rei persecutorijs solam rem citra vllam pœnam, quæ extra id, quod abest, petatur, persequimur non tam delictum. Inter ea sicuti in actionibus merè pœnalibus & mistis vltra pœnam, quam persequimur, ipsa ex delicto actio pœnale est remedium, quo pœnam concessione Legis publicæ nobis debitam persequimur. Ita in actionibus ex delicto merè rei persecutorijs non aliqua pœna petitur, sed mera res: & ergo, res ista dum ei non relinquitur, quia pœnali actionis ex delicto instrumento ab eo extorquetur, similiter in eo condictio pœnalis esse non desinit. Adeoque frustra ingemines: *condictionem extra pœnam, quæ in actione furti exigitur,* considerandam esse *iuxt. d. §. 14. ergo non isto modo aut alio aliquo, quo iam dictum:* Falleris & fallis manifestè. Similes argutiæ sunt *pa-*

gin.

gin. 3. *col.* 2. *in fin. pagin.* 4. *col.* 1. *in princ.* condictionem *arctiùs furem constringere, quam actionem furti idque pronuntiasse Imperatorem in d.* §. 14. *Inst. de Act.* Nugæ. Actio immo furti duriùs & arctiùs furem constringit ad paciscendum *fac. l.* 7. §. 13. *in fin. de pact.* inspecta proportione, quæ est inter pœnam dupli vel quadrupli meram, & solum rem, quæ condictione petitur, *fac. l.* 7. *in princ.* D. *de Cond. furt.* Sed in suo genere tam actio furti quàm condictio furtiva peræque arctè furem constringunt. Fur duriùs, arctiùs, efficaciùs constringitur *in d.* §. 14. eoquod non vna furti actione, aut non vna condictione constringatur, sed pluribus ijsque contrariam habentibus naturam actionibus *iuxt. d.* §. 14. Ais *d. pagin.* 4. *libr.* 2. mixtam *fore condictionem furtivam, si adseratur cum re & pœnam persequi.* Recte: sed vbi aliquis scripsit cōdictione furtiva rem cum pœna aliqua vel poenam aliquam cum re nos persequi. Calumniæ sunt, si non studio, ex sententia malè intellecta profectæ meræ conjecturæ. Ais, *d. libr.* 2. *pagin.* 4. *col.* 2. *lin.* 24. item *lin.* 34. & 35. in dupli aut quadrupli *pœna quæ furti actione præstatur, contineri simplum id est rei ablatæ pretium.* Inscitia intolerabilis, posteaquam in actione furti nihil veniat rei ipsius, quæ surrepta est, *l.* 48. *in princ. de furt. l.* 12. *l.* 19. *C. eod. tit. l.* 54. §. 3. *de*

§. 3. de furt. quoniam merè poenalis sit. Ais, *d. pagin. 4. col. 2. regulariter in duplo, triplo, quadruplo simplum computari, vt in actione. Quod metus causa, vi bonorum raptorum & similibus.* Rectè *similibus*, hoc est in actionibus poenæ & rei persequendæ caussa comparatis. Quæritur in actionibus merè poenalibus, veluti in actione furti, *vtrum in duplo, triplo vel quadruplo computetur simplum.* ais *regulariter computari.* Nil mirum: erras regulariter. Quandoquidem ipsa res, seu quod idem est, simplum sub meris poenis contineatur nunquam, multo minus regulariter. Audiatur lepida concio cum nominatim aliqua lege actio constituta est qua separatim vltra duplum vel quadruplum petatur id, quod nobis abest, veluti condictio furtiva tunc putas *d. pagin. 4. col. 2. in fin. præter simplum, quod duplo & quadruplo* in actione furti *continetur, quodque ab ipsa re vi condictionis furtivæ recepsa nihil distat dupli & quadrupli solidi, hoc est, cui & idem simplum insit, persecutionem esse.* Scilicet hæc sunt illa fragantia & odorifera, quæ si non per omnia verbis tam claris, tamen satis clarè decidis & pronuntias *d. pagin. 4. col. 2. in fin.* item *pagin. 5. col. 1.* apertè, præter rationem, contra omnes leges: dum nolunt id, quod vna actione consecuti sumus, alia posse nos petere, quoniam iniquum sit idem bis exigi

l. 57. *de Reg. iur.* Ad extremum ais *d. pagin.* 5. *col.* 2. valde notandum esse, *quod in multis locis condictio & vindicatio, quatenus ad rem furtivam attinet, coniunguntur. illud quippe non aliam ob causam fieri quam vt intelligamus vnam non magis quam aliam rei recuperandæ nomine adversus furem dari.* Rectè quis negat a parte actoris vtramque esse rei persecutoriam? nego ejusdem vtramque naturæ esse. Rei vindicatione dominium nostrum adserimus: condictione rem nostrã nobis ablatã ceu nobis debitam petimus. Vindicatio ratione possessionis, quæ apud Reum non dominum sit ex sua causarum figura domino competit. Condictio si ex delicto est,& non ex alia causa censeri potest, ex solo delicto competit. Item illa datur contra furem quà possessorem: hæc contra furem quà furem. Tum alijs adhuc modis differunt. Tantum abest, vt ex eo,quod aliquot locis ceu actiones diversæ sese comitentur, §. *fin. Inst. de oblig. ex del.* vnam eas naturam habere debeamus opinarier. Atque hanc differentiam non scrutatus negas *d. de pag.* 5. *col.* 2. vindicationem *posse esse salvam si per condictionem furtivam res, de qua agitur, sit recepta.* Distingue: per condictionem si res ablata in specie sit recepta, jam certum est vindicationem cessare; vtpote cum apud Reum tunc nulla sit possessio, sine qua tamen nequeat

queat rei vindicatione conveniri. De hoc casu non agit Pomponius *in l.9. §. 1. D. de furt.* si egisset, idem ita decidisset. Aut vindicatio contra furem instituta est, condictio, quæ ipso jure manebat, opposita exceptione, remittenda est officio judicis ante restitutionem. Aut per condictionem recepta est rei ablatæ æstimatio, retinente fure aut errore aut mendacio rei furtivæ possessionem: de hoc vtroque casu agit Pomponius *in.d.l.9.§.1.* Quid juris in casu posteriore? negat Faber *16.coniect. 12.* negas & tu doctissime Schifourdigere rei vindicationem ei salvam esse, qui per condictionem æstimationem suæ rei receperit. Ego, nō vobis sed Pomponio credendū judico, veluti dominus quo tempore fur rem ablatam nō possidebat, æstimationem rei vi condictionis furtivæ anteà institutæ recepit, si poenitentia ductus & mendacio inductus, rei vindicatione instituta rem suam corporaliter sibi restitui malit, quoniam nunc eam fur denuò possidere coeperit, judico audiēdum eum, & furem quà possessorem ei condemnandum esse, juxta Pomponij decisionem *in d. l.9. §. 1.* nimirum, si dominus paratus sit rei æstimationem, quam receperat, restituere, *iuxt.d.l.3. §. 1.* Ratio juris istius est, eoquod non æquum sit dominum invitum suo pretio, quod instituta condictione consecutus

erat,

erat, rem suam vendere, *text. expreß. in l. 9. D. de Act. rer. Amot.* nec, æstimatione restituta, rem suam recipiens bis eam censeri posit recipere. Maxime, cum pretium, quod vi condictionis acceperat, non fuerat res, quæ sibi aberat *fac. l. 48. §. 7. ibi Goth. de furt.* Evasit profecto Tribonianus suâ istic sciẽtia *in d. l. 9. § . 1.* nostra hîc ope. Quidni triumphem super vestrâ illâ (vt Zasij verbo vtar) truffâ, quam *pag. 6. col. 1.* super prostrato hîc Triboniano capitis: *Hic sunt nunc Pragmatici, & in suis illis ad Ianum putealque libonis congressibus & circulis clamosis inter se disceptent Triboniani nullam fuisse inscitiam. Huc veniant columnarij isti Magistri & capita inter se conferant, quibus in suis recitationibus solenne est Triboniani imperitiam defendere.* Triumphus ante victoriam. Quid mirum? *ita loquuntur, quibus audacia pro muro est* mure capto pro Triboniano.

CAP. XXVI.

Condictio furtiva, odio furum comparata, quo sensu etiam pœnæ causa dari propter delictum, ex quo nascitur, censeri posit.

PIget prolixum esse in re aperta. Non essem, si adversarius esset brevior. Ait

pagin.6.col. 2. Imperatorem *in §.14. Inst. de Act.* non in eo consistere, vt dicat, odio furum condictionem furtivam esse inductam, *sed nimis graphicè illum addere, vt extra pœnam condictione rei recipiendæ nomine teneantur.* Quid tum? Intricas, non extricas te. Extra alias illas plures actiones, quibus fur tenetur, extra poenam, quam actione furti à fure persequimur, odio furum condictio rei recipiendæ introducta est. Quid ita? Fur tenetur actione ad exhibendum, non quà fur, sed quà rē habens, de quà dubitetur, vtrū non sit mea. Ergo hæc odio furum quà furū non est introducta. Rei vindicatio cōtra furē competit quà possessor, non quà fur est. Igitur nec hæc odio furū introducta est. Actio furti merè poenalis odio furū introducta est, & *magis* odio furū introducta quoque est cōdictio vltra poenā dupli vel quadrupli: eoquod in illa personalis natura quam habet, non lædatur; in hac contra naturam actionum personalium actori liceat rem suam petere magis veluti per formulam, *si apparet eum dare oportere d. §. 14.* Iam verò actio, quæ *magis* ex odio furum introducta est, quam actio furti, quàm actio vi bonorum raptorum, ista actio malè negatur esse ex odio furum introducta. Atqui talis actio est condictio furtiva. Neque vllo acumine hæc quis expunxerit. Vnde rectè Cujacius affirmavit

in pa-

in paratit. C. de Cond. furt. condictionem furtivam ideo pertinere etiam ad poenam, quod *odio* furum sit comparata *d. §. 14.* quod si *odio*, igitur & poenæ causa *l. 40. in princ. de Cond. Ind. l. 9. §. vlt. Ad SC. Maced.* Tum in Paulo recte addidit, *quod in odium comparatum sit & in poenam esse & retro, quod in poenam, etiam in odium.* Ad hæc contra quid noster Adversarius? Ait *d. pagin. 6. col. 2.* si simpliciter Imp. adfirmasset *odio furum esse effectum, vt condictione furtiva fures teneantur, tum sane colorem non defuturum Cujacij argumento.* Recte: Nam vtique Imperator *extra poenam dupli vel quadrupli,* hoc est, extra actionem furti, *odio furum* effectum esse ait, vt rei recipiendę causa, condictione furtiva teneantur *d. §. 14.* Ergo simpliciter & purè ex odio introducta est, quoniam quod extra odium illud, quo furti actio inducta, *magis* constituitur, simpliciter ex suo & proprio odio cōstituitur. Atqui condictio extra *odium,* quo furti actio pro parte inducta est, *magis,* vtpote & ex suo proprio odio censenda est, eo quod per eam dominus rem suam condicat contra naturam omnium condictionum *d. §. 14.* Negat Adversarius *d. pagin. 6. col. 2.* esse terminos convertibiles, *quod poena causa constitutum sit idem quoque odio ejus esse inductum, et vicissim, quicquid odio sit statutum, idem etiam poena causa.* Non

recte negat; enimvero quid ni sint conver tibiles? Vt probet terminos istos non esse convertibiles, ait *nimiam dominorum in servos suos atrocitatem puniri favore Reipubl. vtpote cujus intersit ne quis re sua male abutatur, non ex odio dominorum.* Probatio inepta. Is qui sine causa servum suum occidit, non minus punitur, quàm si alienum occidisset *l. 1. in fin. D. de his qui sui vel. al.* Abuti licet re sua *l. 25. §. 11. de hered. pet.* tam malè abuti servo suo, qui homo sit, vt eum occidat, crimen inhumanum est & odio dignum summè. Quid ita? legislator dum talem dominum jubet puniri, non odio domini quà domini sed quà tam odiosi facinoris Rei vult eum puniri. Ergo & poenæ causa: sicuti è contra, quoniam poenam vt patiatur, subire poenam cogitur, ex odio hoc fit, quo facinus crudele detestamur. Neque mutat, quod Reipub. intersit, ne quis re sua abutatur male: Hec namque ratio est talis, quæ odium istud non tollit sed justitiam odij commendat. Altera ratio, qua probant interesse dominorum, ne servis suis auxilium denegetur qui justè deprecantur *l. 2. de his qui sunt sui vel al.* est talis, quæ vtilitatem odij istius bono dominorum coloret, nõ vt odium omne aboleat, aut excludat. Quid audio? ait *d. pag. 6. col. 2.* ex sententia Cujacij *illud, quod odio sit comparatum etiam pœna persequenda causa*

esse

esse constitutum. Non est ita: injuriam facis Jureconsulto principi. Actio quæ poenæ persequendæ gratia comparata est, vltra id quod nobis abest, emolumentum pro poena a legislatore concessum persequitur, veluti in actione furti, vel in actione, quod metus causa. Hoc sensu condictonem pœnalem esse nuspiam Cujacius, nuspiam Lyclama adseruit. Ex odio quali introducta est condictio, item pœnæ causa quomodo inventa est condictio, ex tali odio & taliter, vt ita loquar, satis pœnaliter ad impediendam commentitiam istam in solidum transmisionem consideratur omnis actio alia, quæ vtut rei persecutoria tota sit, pœnæ alicujus causa & nomine prodita vel eo ipso censetur, quòd ex delicto detur, *fac. l. 9. in fin. l.* 10. D. *de Reb. auth. iud. poss. vid.* Cujac. *24. obs. 17.* diligentiss. & doctiss. Hilliger. *21. donell. enucl.* 2. Atque huc semper respexit Dominus, quoties furtivã & rerũ Amotarũ condictioné in sinu fatis pœnalem esse judicavit. Et recte: Cujaciũ secutus est. Ait Adversarius *d. pag. 6. col. 2. in fin.* differentia esse ista, *videlicet ob pœnam, seu poenæ causa constitutũ* & iterum *poenæ persequendæ causa quid proditum esse*. Rectissimè: ergo cõtra conscientiam vestrã viri acutissimi doctissimi docuistis hactenus, *condictionem ne quidem pœnæ alicuius causa, ne quidẽ ex vllo odio introductam esse*. In contrarium

hic admittere videmini, quod toties, si non ignoraſtis, mala fide negaſtis, nimirum, *cōdictionem furtivā pœnæ alicujus cauſa ex delicto*, non *poena perſequenda gratia* concedi, & exerceri. Neque plus requirimus. Quid enim ſi condictio ex delicto ſit prodita pro pœna aliqua, ſeu, quod idem eſt, nomine alicujus pœna, etſi poenam aliquam vltra id, quod abeſt, non perſequatur, fieri non poteſt, vt in ſolidum adverſus heredem concedi poſsit, repugnante ipſa delicti, ex quo taliter poenalis eſt, naturâ, vtpote in eo notoriè à jure & natura contractuum differenti. Quid? Adverſarius fatetur in *odium* ejus, cui debetur, vt loquitur *Martianus*, vel, vt *Vlpianus*, dicit, *ob poenam creditorum SCti Macedoniani exceptionem introductam eſſe.* Satis eſt: quod enim ante videbamini ſaltem cōcedere, ſi meminiſti Schifourdigere, hoc verbis nullam obſcuritatem vel duplicitatem admittentibus hic exprimitis, hic enuntiatis, & admittitis. Ergo quia taliter pœnalis ſit quoque condictio, quam eſſe actionem ex delicto præſupponitis, fieri non poteſt, vt citra exceptionem, vel niſi ex alia cauſa ſit, adverſus heredem in ſolidum detur. Quid ita? obligatio, quę ex maleficio nata eſt, quamque is, qui læſus eſt, adquiſivit, non diutius adquiſita intelligi poteſt, quam is vivit, cujus oſsibus cohæret. Vivit vivente eo, qui deliquit:

deliquit: moriente eo moritur vnà *l.32.* D. *Ad l. falcid. l. 111. in fin. de Reg. iur. l.6. de publ. iud. l. 26.* D. *de poen.* vnde est & censetur merè personalis. Fremant, qui volent, dico in principia hæc impingere eos, qui volunt condictionem furtivam esse ex delicto, & nihilominus citra exceptionem vllam in solidum adversus heredem dari. Quid enim, obligatio ex delicto si est merè personalis, quo tandem jure cum Reo extincto extincta, hereditariam relinqueret actionem? obligatio hereditaria parit actionem hereditariam. Obligatio hereditaria est ex contractu vel quasi. Ex delicto nulla est actio hereditaria: Id, quod ad heredem pervenit, ex æquitate fit hereditarium & ab eo extorquere licet pro natura actionum, quibus licet. Adhuc pergit Adversarius *pagin. 7. libr. 2. col. 1.* negatque à Cujacio probatum quod debuisset probare, *videlicet exceptionem SCti Macedoniani vllius poena persequenda causa constitutam esse.* Quasi verò Cujacius debuisset probare, quod nunquam sensit. Sensit condictionem ex delicto esse: sensit non minori, sed vel majori, vel simili odio condictionem subjacere, cui exceptio ista subjacet, & igitur pœnæ quoque causa. Hoc sufficit, vt obtineat adversus heredem in solidum eam malè concedi, *vid. not. proxim.* Ait Adversarius *d. libr. 2. pagin. 7. col. 1.* condictio-

nem furtivam, *nec poenæ persequendæ causa introductam esse, nec in pœnam furis*. Næ incõstantior iterum videtur, nisi per pœnam furis non intelligat, istud odium, & istam quasi poenæ figuram; quod odium, quamque poenæ quasi figuram ad exemplũ SCti. Macedoniani jam ante confessus est, si non admisit *vid. not. supr.* Ait *d. pagin.* Cujacium ostendere debuisse, *qua in re condictionis poena consistat.* Quasi verò dum ostendit eam ex delicto esse, esse ex odio furum inventam, & igitur poenæ alicujus causa eodem modo, quo omnis actio ex delicto inventa est poenæ nomine, *fac. l. 9. in fin. l. 10. de Reb. auth. iud. possid.* item, quo exceptio SC ti Macedoniani est ex odio & in poenam profecta & directa. Et quid amplius? reprehendit *d. pagin. 7. col. 1.* Cuiacium, qui instituta inter actionem ex dolo in factum *de alienatione iudicij mutandi causa facta & condictionem furtivam comparatione scripserit illam in factum actionem ad rei persecutionem pertinere, videri autem ex delicto dari l. 7. de Alien. iud. mut. ita condictionem furtivam licet rei persecutionum habeat, videri ex delicto dari l. 10. §. 2. D. de Comp. l. 21. §. 5. D. de Act. rer. Amot.* Reprehendit hæc, inquam, ac quidem non sine solitis verborum cerimonijs, quibus vti solet, cum aqua ei hæret. Equidem justißimam esse comparationem istam judico. Actio illa in fa-

in factum non est poenalis *l. 4. in fin.* D. *de Alien. iud. mut.* sed pertinet ad rei persecutionem. Quia autem videatur ex delicto dari, ideo in heredem vel similem successorem non datur *l. 4. in. fin. l. 5. & 7. d. tit.* Quod si igitur actio illa in heredem in solidum non detur, quæ videatur ex delicto dari, non clarè ex delicto detur: multò magis in heredem non dabitur condictio furtiva, vtpote quæ minùs videri potest ex delicto dari, vtpote quæ clarè & perfectè ex delicto datur, si ex furto detur. In actione illa *in factum* dubitari potest quemadmodum verè delinquat, qui alienando rem alium nobis adversarium suo loco substituit. Ius publicum sequitur, qua cautum est, nihil tam conveniens esse naturali æquitati, quàm voluntatem Domini volentis rem suam in alium transferre ratam haberi. *§. 40. Inst. de Rer. divis.* Non verò capit, qui jure publico & suo vtitur *l. 155. §. 1.* D. *de Reg. iur.* non etiam capitur Reus in hoc judicio, qui jus publicum patitur *l. 116. d. tit.* Et tamen quia nemo debeat mutare consilium suum in alterius injuriam *l. 75. de Reg. iur.* ne alteri per alterum iniqua conditio inferatur *l. 74. d. tit.* visum fuit videri eum delinquere, qui adhibita fraude, cujus interpretatio non ex eventu duntaxat, sed ex consilio quoque consideratur *l. 79. d. tit.* objecto duriore

adversario rem suam alienare dubitarit *l. 4. de Alien. ind. mut. caus.* Præterea prudenter Cujacius scripsit condictionem furtivam videri ex delicto dari *iuxt. d. l. 10. §. 2. de Comp. l. 21. §. 5. de Act. rer. Amot.* sed videri. Siquidem multæ sunt rationes, quæ vrgere videantur non parum, vt persuadeant ferè ex sua suarum causarum figura eam arcessendam esse, non ex delicto ejus naturam nos metiri debere *iuxt. l. 1. D. de obl. & Act.* Qua de re Dominum fusissime tractaturum intellexi *1. hor. furtiv. c. 2.* Hîc quæ apologeticè differuntur, velim accipi eo præsupposito, quòd condictio detur ex delicto. Quamvis, vt hoc obiter addam, etsi sæpius dictum, tota decisio ea ab re dependeat. Condictio namque furtiva si est ex causa contractus vel quàsi, vel proprio quodam jure ex sua suarum causarum figura *iuxt. l. 1. de obl. & Act.* id, quod non futiles authores opinati sunt, *conf.* Petr. Loriot. *de Apic. tit. de Tut. ax. 73.* Carol. Molynæ. Ioh. Sichard. Accurs. Bart. & Salycet. *ad Rubric. C. De Cond. furt.* Francisc. Cald. *ad l. vnic. C. Ex del. def. 4. part. relect. num. 27. & 28.* Iust. Meier. *in pandect. Colleg. ad tit. de Condict. furt. thes. 1.* Treutl. *1. disp. 22. th. 12.* in solidum adversus heredem dari eam oportere concludendum est, *iuxt. l. 9. D. de Cond. furt.* salvis, quæ tam animose defendimus, juris principijs. Sed

ex ad-

ex adverso plurimi magnique nominis authores eam ex delicto esse, nec eo minùs adversus heredem furis in solidum competere, mordicus sustinent, moti *l. 9. de Condict. furt.* Itaque rectè dicimus istam quoque sententiam defendi posse salvis scientiæ nostræ principijs, si conservatâ regulâ nimirum (actiones ex delicto merè rei persecutorias adversus heredes competere, in quantum ad eos ex delicto defuncti pervenerit, non vltra) exceptio admittatur in condictione furtiva vt quæ odio furum contra heredes in solidum dari meruerit, vt in alijs, etiam hac in parte contra regulam *fac. §. 14. Inst. de Act.* Qua in opinione sunt Ant. Gomesius *3. variar. resol. 1. num.* 85. Hart. Pistor. *1. quæst. iur.* 27. *num.* 2. Fachin. *9. controv.* 5. Donell. 2. *Comm.* 2. Vesembec. *in parat. de Cond. furt. num.* 7. Timæ. Faber *ad tit. Inst. de obl. ex del.* Prosp. Farinac. *1. quæst. avim. tit. de Inquis.* 4. 10. *num.* 64. Vasq. *3. illustr. quæst. c.* 96. *num.* 64. Paul. Bus. 4. *subtil.* 8. *Ad l. 7. de Cond. furt.* Hippol. a Collib. *ad l.* 38. *de Reg. iur.* Ac quidem per nos, huc eant, quibus per aspera dumetisque obsita loca ne laborent, citra vlteriorem rationis indaginem dominari ingenio suo, non quidvis indulgere constitutum est.

CAP.

CAP. XXVII.

De actionibus ex delicto pœnalibus, & merè rei persecutoriis, quatenus adversus heredem competant, ut & de actionum arbitrariarum naturâ, Conclusio.

POssem bona fide adiicere plura & majora. Sed modum mutuis expostulationibus facio non illibens, ne defensio hæc Paulò injucundior fine fine procedat. Tum vel maximè, ne omnia præripiam aut præcipua, quæ magis amet Dominus a se dici quàm a me. *Multum interest, quid a quoque fiat. Eadem enim facta claritate vel obscuritate facientium aut tolluntur altissimè aut humillimè deprimuntur,* Plin. 6. *epist.* 24. Adversarius non repugnanter concedit, condictionem furtivam ex delicto dari, *vid. pagin.* 7. *col.* 1. *fer. in fin.* sed conqueritur, non aperuisse Cujacium, cur in eo omne suum opinionis fundamentum consistere judicârit. Hac oblata occasione adhuc aliquid dicendum est. Primum ait iterum *pagin.* 7. *col.* 2. pœnales *actiones in heredem dari si quid ad heredem pervenerit.* Quid? an etiam merè pœnales? ita memini docuisse virum Amplissimum 4. *conject.* 1. Quàm vellem, ista ei non

non excidissent. Actiones, quæ ex delicto sunt, & rei persecutionem non habent, merè pœnales sunt *l. 37. de procur.* nec in id, quod ad heredes pervenit, dantur. Aut quæ malùm ista doctrina esset, si non principia conuellere animus? Actiones ex delicto merè pœnales nihil bonis rei defuncto eo detrahunt *l. 32. Ad. l. falc.* Ergo vtique prosus non transeunt adversus heredes *l. 50. D. pro Soc.* eoquod ijs actor solam pœnam persequatur, non rem, quæ sibi abest *l. 48. in princ. de furt.* & per consequens ne illud quidem, quod ad heredem furis pervenit; posteaquam hoc necessariò aut totum sit, quod actori abest, si in solidum res furtiva ad heredem pervenerit, aut pars, si aliquid ad eum pervenerit. Pars autem est ejusdem naturæ, quà totum est *l. 7. de exc. rei iud.* Atenimvero in actionibus ex delicto merè pœnalibus nec solidum, quod pervenit, nec pars, quæ pervenit, versatur, sed planè nihil venit rei ipsius, in qua actor est læsus vel damnum passus *d. l. 48. in princ. l. 54. §. 3. de furt.* Aut videamus, ne heres futurus esset conditionis deterioris, quàm fuit defunctus. Siquidem ad nihil aliud hic tenetur, quàm ad meram pœnam. Mera poena a defuncto debita ab herede ejus exigi non potest, aut omnis poena ab heredibus exigi posset, & falsum esset nullam poenam ab heredibus

redibus exigi posse. Quod tamen verissimum est *l. fin. in fin. de fideiuss. & hered. tut. l. furti C. de furt. l. crimen D. de poen. l. ult. §. 13. D. nov. op. nunt. l. 16. in fin. Quod met. caus.* Actionibus quidem illis poenalibus, quæ & pœnæ rei persecutionẽ continent, frequẽter additã extat clausula, *licet pœna ad heredem non transeat tamen quod turpiter vel scelere quæsitum est, ad compendium heredis non debere pertinere l. 16. in fin. D. de eo quod met. caus. l. 23. §. 8. Ad l. Aquil. l. 17. §. pl. l. 26. de dol. l. 7. §. 1. depos. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. l. 38. de Reg. iur. l. 35. de obl. & Act. l. 5. de Calumn. l. 1. §. ult. l. 2. de vi & vi arm.* Sed enim hanc clausulam alias satis plausibilem respuit natura actionum ex delicto merè pœnalium: admittit natura actionum ex delicto partim pœnæ partim rei persequendæ causa vel merè poenæ persequendæ causã cõparatarũ. Quid ergo? pluries in his peccasti doctissime Schifourdigere, (veluti *supr. c. 6. c. 9. c. 18.* tum *d. pagin. 7. col. 2. libr. 2.*) necessarium proinde fuit, ut hæc proponerem. Neque proficies, si nos remiseris ad ea legum capita, quæ Dominus tuus allegavit 4. *Coiect. 1.* Utpote in quibus agatur, non de Actionibus merè poenalibus, sed mixtis. Macte: non vicit sed confudit actiones, quas debuerat distinxisse. Quod autem per actiones poenales intellexerit Faber non actiones partem

poenæ

poenæ partim rei persequendæ gratia comparatas, quæ nonnunquam & poenales appellantur §. 9. *inst. Ad l. Aquil. l.* 1. §. 23. *l.* 2. *in fin. de tut. & rat. distrah. l.* 9. §. 1. *Quod fals. tut. l.* 1. §. 8. *Ne vis fiat ei l.* 23. §. 8. *Ad l. Aquil. l.* 38. *l.* 111. *in fin. de Reg. iur. l.* 5. *de Calumn.* sed merè pœnales, probo ex hisce ejus verbis quæ extant 4. *coniect.* 1. quando ait eas etiam actiones ex delicto, *quæ rei persecutionem non habent*, adversus heredes dari, in quantum ad eos pervenit. Iam vero actiones ex delicto, *quæ rei persecutionem non habent* (sic loquitur) sunt vtique actiones merè pœnales, cum actiones mistæ notoriè contineant rei persecutionem §. 18. *inst. de Act.* aut mistæ non essent, nedum tales dici deberent. Tum de merè pœnalibus quin ibi Faber locutus sit, ne dubitem, etiam ejus Schifoürdegerus facit, dum actionem furti toties contra furis heredem admittit de eo, quod ad eum pervenit, *vid. eum lib.* 2. *q.* 9. *vid. supr. c.* 6, *c.* 9, *c.* 18. Error intolerabilis, quemque viro acutissimo vix imputarem, nisi me moveret epistola tam solemnis, quâ suum fecit, quod ille fecit. In actione furti nihil venit rei ipsius, quæ surrepta est *l.* 48. *in princ. l.* 54. *D. de furt. l.* 12. *l.* 19. *C. eod.* Tantum abest, vt simplum ablatum pœnæ dupli vel quadrupli insit, in quo gravissime lapsi Molynæus & Sichardus *ad tit. C. de Cond. furt.* si fidem in eo merentur

rentur exemplaria. Tantum abest, vt furti actione, quæ merè pœnalis est, possit aut necesse sit ab herede extorqueri illud, quod ad eum pervenit, cum hoc, aut ad exhibendum actione, aut rei vindicatione, aut condictione possit recuperari *l. 1. de privat del.* Tantum denique abest, vt Fabro adsentiar existimanti, actiones ex delicto poenales non propterea dari adversus heredem de eo quod pervenit, quod in tantũ rei persecutionem contineant, sed quia turpia lucra heredibus extorquenda sint *vid. 76. decad. err. 7.* ecquid hoc est, si non actionibus merè poenalibus turpia lucra etiam extorqueri? Dico ego turpia ista lucra alijs actionibus posse extorqueri: naturam actionum merè poenalium non ferre, vt ijs possint. Ne alioquin si darentur adversus heredem de eo, quod pervenit, omnes eatenus aut essent aut fierent contra naturam suam partim poenæ partim rei persecutoriæ, hoc est, merè poenales esse desinerent, quæ tales sunt. Adeoque non pluribus attinet hæc persequi, quæ tam clara sunt, nisi in gratiam eorũ, qui de hisce rebus judicare possunt, velis addi, quam idem vir Acutissimus sibi hisce constet. Docuerat de eo, quod ad heredem pervenit, actionem vi bonorum raptorum adversus eum competere *4. conject. 1.* Nunc in contrarium docet actionem vi bonorum raptorum eatenus

nus negari. Ac quidem in melius: laudo, gloriæ id sibi ducit, nos idem si faceremus, forte non idem diceret. Quamvis dum velit actiones pœnales de eo, quod ad heredem pervenit, adversus eum competere excepta sola vi bonorum raptorum actione, non item bene regulam formet, nisi de actionibus mixtis, quæ quoque pœnales nonnunquam nominentur, ista intelligat. Atenimvero per *actiones poenales* intelligit & eas, quæ pœnæ & rei persecutionem continent & quæ rei persecutionem non habent, sed poenam meram, *vid. coniect.4. libr, c.1. vid.76. dicad. err.5.* Ergo evidens est, quam aberret, quanta feratur inconstantia sine auxilio legum rationisque ductu, more suo fundens sua, non fundans. Quid ita? Quotiens inculcavit actiones poenales adversus heredem non dari de eo, quod pervenit? semel id docuit 4. *coniect. 1.* semel *76. decad. err. 5.* semel *76. decad. err. 7.* semel 78. *decad. err. 1.* semel 80. *decad. err. 8.* Bis excepit ab ea regula solam actionem vi bonorum raptorũ, veluti semel solam *76. decad. err. 7.* semel solam 77. *dec. err. 2.* Quid tandem? ne putaremus eum agere de actionibus pœnalibus pœnæ & rei persecutionem habentibus, adjecit tandem actioni vi bonorum raptorum, furti actionem *80. decad. err.* Ergo quid clarius? quam qui solam furti a-

ctionem & solam vi bonorum raptorũ actionibus merè pœnalibus excipit, ab eo admitti ceteras actiones merè pœnales adversus heredes dari de eo, quod pervenit. Scilicet hoc est constanter ex principijs jus nosse. Non quidem vt exprobrem viro tanto ignorantiam. Volo, perfectior sit, qui Prudentiam Prudentnm sollicitat, & aliorum errores exagitat, aut id non faciat tam imprudenter, tam temerè. Non sola furti actio, nec sola vi bonorum raptorum actio, sed omnes merè pœnales actiones negantur adversus heredes de eo, quod ad eos pervenit *conf. Hypp. de Coll. ad l. 38. de Reg. iur.* Qui contra sentit, contra principia sentit. Atque hæc in transitu ad illum Schifourdigeri locum: sequitur ille, in quo sustinet *d. pagin. 7. col. 2.* actionum ex delicto *quæ merè rei persecutoriæ sunt proprium illud esse vt competant domino ejusve heredi, vt & in heredem etiamsi nihil proponantur ad adversarium pervenisse.* Quasi verò omnes actiones ex delicto merè rei persecutoriæ sint condictiones furtivæ, quæ scilicet *domino* soli competant. Immo vna condictio furtiva domino datur & recipit istam formulam: *Si apparet dare facere oportere, §. 14. Inst. de Act.* nullæ aliæ personales actiones à parte actoris dominium exigunt. Deinde falsa est illa regula, quam Schifourdigerus præsupponit, nimirum *actiones ex delicto*

merè

merè rei persecutorias adversus heredem in solidum dari nullis ex legibus probari, nulla ratione bona confirmari potest. Adeoque pluribus id demonstrarem, nisi hac in re Faber domino concessisset 76. *decad. err. 6. aut* 7. Actiones ex contractu vel quasi etsi delictum etiam in eis versetur, in solidum adversus heredes cõpetunt *l. 12. l. 49. de obl. & Act.* Alia est causa contrahendi alia delinquendi *l. 1. §. 2. de exerc. act.* Igitur quod si ex delicto fuerit actio, invertenda st regula, & dicendum: actiones ex eo, quæ proficiscuntur in heredes vltra id, quod pervenit, non transire, licet meram rei persecutionem contineant. Cujus adeo rei si placet, exemplum sumatur elegans *ex tit. Naut. Canpon. Stab.* vbi actio prior, quæ de recepto est, quoniam ex contractu fit, *l. 3. §. Naut. caup.* in heredem in solidum datur *l. 3. §. 4. d. tit.* altera ex delicto familiæ non item *§. vlt. Inst. de obl. ex quas. del. l. pen. in fin. d. tit. Naut. Caup.* Neque principia possunt jurisperito esse ignota. Principia sunt crimina morte extingui *l. 5. de Calumn. l. 16. §. vlt. Quod met. caus. l. 9. de jur. fisc. l. 12. Ad l. Cornel. de fals.* heredibus non licere lucrum facere ex delicto defuncti *l. 38. de Reg. iur. l. 34. de obl. & Act. l. 4. & 12. Ad l. Corn. de fals.* sufficereque ad actionem ex delicto etiam merè rei persecutoriam excludendam, si

M ij non

non in lucro ex facinore defuncti heres versetur *l.3. in princ. de vi & vi arm.* Quod si ita est, abijciatur regula quæ non est regula, *actiones ex delicto merè rei persecutorias adversus heredes dari etsi nihil ad eos pervenerit.* Quid enim si hæc regula esset vera regula, falsum esset, cum morte delinquentis ejus crimē extingui *contra l.5. de Calum. d.l.16.§. vlt. d.t.* falsum esset, lucrum heredibus tantùm extorquendum esse; falsum denique esset sufficere ad excludendam actionem, si non in lucro heres versetur, quandoquidem, qui factum defuncti præstaret, & si nihil ad eum pervenerit, plus ei extorqueretur, quàm lucrum, quod nullum percepit immo quod pœna fieret. Aut si placet, expendatur causa, ex qua heres intelligi posit hoc casu in solidū obligatus esse. Heredem ejusdem juris potestatisque esse cōstat, cujus fuit defunctus *l.59. de Reg. iur.* sed in causis contractuum vel quasi non item delictorū vel quasi. Contrahimus pro nobis & heredibus nostris, & hoc vtile est in civile societate. Quid enim tā cōgruum fidei humanæ, quàm ea, quæ inter defunctos contracta sunt, ab heredibus etiam eorum servari *fac. l.1. D. de pact.*? Non item delinquimus pro nobis & heredibus nostris, quando Reipub. id non expediret, sed noceret, immo absurdum esset. Delicta debent minui: cum delinquente moriuntur

vt minuantur. Nec immerito: defunctus, qui deliquit, est debitor ex delicto *l. 4. de obl. & Act. l. 14. de petit. hered. l. 13. in fin. l. 14. de serv. corr. l. si cui de v. obl. §. pen. inst. de pœn. tem. lit.* Quod si autem ejus heres in solidum actione ex delicto rei persecutoria teneretur, fieret necessariò, vt ex delicto defuncti debitor evaderet, quoniam ex persona heredum conditio obligationis non immutatur *l. 2. §. 2. de v. obl.* Eoque posito: immane dictu quantopere principia læderentur. Primum in eo, quod heres fieret successor alieni criminis *contr. l. 26. D. de pœn. l. sancimus C. eod.* Deinde in eo, quod delictum delinquentis hoc casu vltra mortem delinquentis continuaretur *contr. l. 5. de Calumn. l. 16. in fin. Quod met. caus. d. l. 26.* aut obligatio ex delicto in persona heredis, vt quæ non deliquit, mutaretur *contr. d. l. 2. §. 2. de v. obl.* Tertio quòd non sufficeret heredem non versari in lucro; aliter quam scriptũ *in l. 3. de vi & vi arm.* Quartò, quod delicta fierent jura & vim contractuum adipiscerentur, quo vtique nihil absurdius? In obligationes ex contractibus non mirum succedere heredes, vtpote qui sint jurium successores *l. 9. §. 1. de edend.* Delicta autem sunt facta, & quidem, quæ ita insint personæ, vt ab ea separari possint nullo modo *l. 26. de pœn. l. 22. C. eod. tit.* Ant. Fab. So. *decad. err. 3.* Scio: adhuc volunt vti

 ea re-

ea regula, cujus vi volunt actiones ex delicto merè rei persecutorias adversus heredes in solidum dari. Regula quæ non est regula, sed merus error. Regula, inquam, quæ non proficiscitur ex principijs, sed it contra principia. Regula denique, quæ arripitur contra omnes leges, contra omnem rationem. Aut quid respondit vir Amplissimus ad illa, quibus hanc regulam dominus subuerterat in *Membr. lib.* 1. *c.* 18. Fatetur hoc scilicet; *aliquando* sic locutos prudentes, vt dixerint actionum nunc hanc nunc illam dari contra heredem in solidum, quia licet sit ex delicto *l.* 10. *§. quoties* D. *de Comp.* tamen rei persecutionem contineat, vt cum tractant de Condictione furtiva *in l.* 7. *§.* 1. *&* 2. *cum duab. ll. sequ. de condict. furt.* Miseret profecto me, quoties virum tantum video explorare, & æstimare juris rationem ex vno hoc juris contra regulam furi iniquioris loco *§.* 14. *inst. de Act.* non ipsum hunc juris locum, in quo singulare furis odium attenditur, juxta rationem expendere. Inde namque evenisse certum est, vt hac in quæstione in principia offenderit, dum ex vno hoc loco, qui tam irregularis, regulam fabricari ausus est, quæ nullo ex loco alio comprobetur. Nulla est regula aut subsunt exempla plura, quæ regit, aut cui bono regula? Quid enim? fatetur *aliquando* in solidum ex delicto actionem

nem, quæ rei persecutionem contineat adversus heredem competere *d. decad. err.6. aut.*7. Atqui si, *aliquando*, non vtique regulariter. Si non regulariter, cur docuit 4.*coniect*.1. actiones ex delicto merè rei persecutorias adversus heredem non *aliquando*, sed regulariter in solidum adversus eos dari? cur voluit vnica illa ratione adhuc vti 78.*decad.err*. 1? sed ait, *aliquando* sic locutos prudentes, vt dixerint nunc hanc nunc illã, licet ex delicto sit, quia rei persecutionem contineat, in solidum adversus heredem dari *d. err.6. aut* 7. *in princ.* Quàm vellem vt nominâsset in specie nunc hanc, nunc illam actionem, de qua, & vbi prudentes id enuntiarint. Non nominare tales actiones est tales ignorare aut non extare. Idque omnino credendum, quandoquidem vllas tales actiones ex delicto merè rei persecutorias, quæ cõtra heredes in solidum dentur, vllibi delitescere nedum inveniri negamus. Ita quidem est. Condictionem furtivam Faber nominavit, ecquid inde? condictio furtiua est vna actio, non est hæc & illa actio, ex qua confici possit regula. Prudentius nostri prudentes, dum non constituunt regulam ex his, quæ vno aliquo casu obtinent sed quæ in plerisque casibus frequentantur *fac.l.4.l.* 10. *l.* 15. *de legib.* Condictio vtrum sit actio ex delicto controvertitur. Ex vna actione eaque tam

controversa regula non debet confici. Quid tandem? oppugnarat eum Dominus multis legibus, quibus ne videretur obrui adcasus particulares deflexit, & de ijs regulas conatus est compingere, incepto tã operoso, vt vix plura brachia Briareus in fabulis habuerit, quam eius ista distinctio quam anhelans & in summis ingenij angustijs elegit *d. 76. decad. err. 6. aut 7.* Quanto facilius est, vnam aliquam conciliationem excogitare, qua vnica *l. 9. de Cõd. furtiv.* in ordinem redigatur, quàm vt omnibus legibus, immo ipsis principijs eam præferre conveniat. Non vnam conciliationis speciem proposuit Dominus; si audire integrum, liceat mihi addere aliam. Scripserat Vlpianus *in l. 8. in fin. de Cond. furt.* etiam fructus *in condictione furtiva venire.* Idem mox addit *in l. seq.* In condictione ex causa furtiva *non pro parte* fructuum, *quæ pervenit, sed in solidum* (in solidam rem cum omnibus fructibus, vel in solidos fructus) *teneri nos dum soli heredes sumus l. 9. d. tit.* ac si diceret, etiã in eam fructuum partem tenemur, quã dominus potuisset percipere, furto non facto *l. 3. de Cond. furt.* non duntaxat pro ea parte, quæ pervenit. Hujusce modi legum coniunctio multis in locis materiam explicat, quam coniungit, *conf. l. 1. in fin. cum l. seq.* D. *de Inst. & jur. l. 21. l. seq. l. 26. cum l. seq. l. 28. in fin. cum l. seq.*

D. de

D. *de dol. l. 1. in fin. cum l. seq. de minor. l. 3. in fin. cum l. seq. l. 5. in fin. cum l. seq. de Capit. minut. l. 5. cum l. seq. Ex quib. caus. maior. l. 9. cum l. seq. l. 14. cum l. seq. de hered. petit. l. 10. cum l. seq. de Rei vind. l. 4. in fin. cum l. 5. 6. & 7. de Alien. iud. mut. l. 9. in fin. l. seq. de tut. & rat. distrab. l. 9. in fin. cum l. 10. de Reb. auth.* jud. *poss.* & passim. Neque hoc loco turbat jus, si præsupponatur nulla quæstio fuisse de re principali ablata *in d. l. 9. de Cond. furt.* sed de fructibus, causis & accessionibus. Fateor, non esse conciliationē hanc tanti, vt propter eam vadimonium deseri sit opus. Est talis, quæ non impingit in leges, aut cū ratione multū quæ pugnat. Atque hæc hactenus tam latè pro ratione rei, vt a fundamento intelligeretur. Sequitur apud Schifourdigerum, dum ait *pagin. 7. col. 2. in fin.* actionem in *factum de Alienatione judicij mutandi, causa* ex parte rei pœnalem esse. Apertè Vlpiano obloquitur *in l. 4. in fiin. de Alien. iud. mut.* dum prorsus non pœnalem esse eum pronuntiat. Item ait condictionem furtivam *sui natura esse rei persecutoriam*: *actionem in factum de Alienatione judicij mutandi causa rei persecutionem arbitrij judicis continere l. 4. in fin. d. tit.* Quam vellem abrumpere, non licet, tum digna hæc sunt, quæ ad lapidem juris examinentur. Sententia Adversarij est: actiones arbi-

bitrarias non naturâ sui sed arbitrio judicis rei persecutionem continere. Hanc hausit à Fabro, qui eò confugit ceu futurus tutior à telis, quæ eum in hac actionum ex delicto merè rei persecutoriarum materia persequuntur. Frustra: Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur, Actio ad exhibendum, Actio de eo, qua, quod certo loco promissum est, petitur, sunt actiones arbitrariæ, & proinde, si Fabrum sequimur, non naturâ sui & per se rei persecutoriæ sunt, sed arbitrio judicis inter litigatores judicantis. Quasi verò judici dato & privato liceat hasce & similes actiones facere rei persecutorias, pronuntiato de modo restitutionis faciendæ arbitrio, aut efficere, ne sint rei persecutoriæ, negato rei restituendæ modo. Siquidem hoc esset non per se & sui natura eas esse rei persecutorias, sed arbitrio judicis volentis eas facere tales, aut nolentis. Iam vnde hæc nova Iurisprudentia? sine lege loqui est contra legem loqui. Nulla lege adversarij vtuntur. Provido duci patent astutiæ: non imponent nobis errores tam notorij. Omnium actionum, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, summa divisio in duo genera deducitur: aut enim in rem sunt, aut in personam §. 1. *Inst. de Act.* Inter actiones,

ctiones, quæ sui natura in rem sunt, actio publiciana, serviana & quasi serviana connumerantur §. 3. §. 4. §. 7. *Inst. de Act.* Non igitur rei persecutio, quam habent, ab arbitrio judicis vel arbitri pendet, sed quales ex jurisdictione prætoris sunt §. 3. *Inst. de Act*, tales naturâ sunt, non per accidens, veluti accedēte demū judicis arbitrio. Aut falsum esset, quod verissimum est, ex ipsius prætoris jurisdictione substātiam eas capere §. 7. *Inst. de Act.* substantiā, id est, naturā actionum in rem. Iam verò quo sensu publiciana, serviana, & quasi serviana, itē actio, ad exhibendū non arbitrio judicis vel arbitri sunt rei persecutoriæ, sed natura sua, etsi tacitè sub ea earum actionum natura contineatur, vt qui judicis jussa ipsam rem actori restituerit, absoluatur, *fac.* §. 27. *inst. de Act.* Ita actio de dolo, actio. Quod metus causa, actio de Alienatione judicij mutandi causa, quatenus rei persecutio eis inest, eam ex natura sua, quam legislator eis contulit, habent, non vt dependeant ab arbitrio judicis permittentis aut nolentis, actorem per eas rem persequi. Quod ipsum nuspiam relatum. Actionum arbitrariarum naturâ tacitè continetur, vt qui judicis jussu ipsam rem restituat actori, absolvatur *d.* §. 27. Iubendi illud jus, quod in eventum obedientiæ absolutionem parit, in eventum contumaciæ, vlteriorem

teriorem condemnationem causatur, propriè de natura est actionum arbitrariarum *d. §. 27. §. 3. in fin. inst. de Act.* Rei verò persecutio, quæ & quà eis inest, de natura actionum est, non quà sunt arbitrariæ, sed quà sunt vel in rem vel in personam rei persequendæ causa comparatæ §. 17. *inst. de Act.* Aut quàm malè doceremur omnes actiones in rem & ferè omnes in personam rei persequendæ causa esse comparatas, *d.* §. 17. si quædam contra naturam sui ex arbitrio judicis rei persecutionem continerent. Exceptio nuspiam cognita. Quid enim actio de eo quod certo loco, quoniam ex contractu est, ideo rei persequendæ causa comparata est *d.* §. 17. si adversarios sequeremur, contra naturam sui eam esse talem dicendum esset. Ex quo turbido puteo hæc aqua tam insuavis & turbida? O Antoni, *non tu scis, cum ex alto* jurisprudentiæ *puteo sursum ad summum ascenderis, maximum periculum inde esse, a summo ne rursus cadas?* cadit tuo judicio in multis Iacobus Cujacius. Cades & tu quoque in opinionibus tuis multifariam pluribus. Cujacius docuit hoc ipsum quod ex delicto agatur, satis aliquam pœnam esse. Negat id verum esse Schifourdigerus *pagin. 8. col. 1. libr.* 2. allata ratione tam infacceta, vt misericordia me tangat, dum subjicit *inauditum esse, eum, qui condictione furtivâ agit, videri ex delicto agere:*

descendere

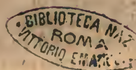
descendere quidem condictionem furtivam ex delicto. sed eam delictum persequi aut ex delicto intentari, hoc commentitium esse cum nihil aliud in condictione furtiva proponatur, quàm si paret eos dare oportere. Quot verba, tot fere errata. Quid enim si in auditum est, eum qui condictionem furtivam instituit, ex delicto videri agere. Ergo vtique falsum est ex delicto dari hanc actionem quod tamen vbique Faber præsupponit, & tu quoque hactenus docuisti, si meministi. Ea quæ notabiliter fiunt nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta *l.* 15. §. 2. D. *de iniur.* Notabiliter ais, eum qui furi condicit, *ne quidem videri ex delicto agere,* tantum abest vt ex delicto ageret. Itaque hæc vt sciremus, notanda adhuc erant, ne viderentur neglecta. Bona dogmata sed nimium varia & mutabilia. Voluisti hactenus condictionem furtivā esse ex delicto, nunc eam non esse ex delicto comminisceris eo sensu, vt ex furto instituenda sit actio. Quid ergo? si ex delicto condictio intentetur, vereris, ne delictum actor ceu leporem eo admisso persequi videatur, id quod ante opinatus es propriè pœnalibus actionibus convenire *vid. supr. c.* 1. Vanus profecto iste timor: & qui in ICtū sibi cōstantē cadere numquā possit, nedum debeat. In pœnalibus ex delicto actionibus quo sensu non delictum persequimur, sed *pœnam l.* 32. *Ad l. Aquil.* ita

in actionibus merè rei persecutorijs non delictum sed rem persequimur. In vtrisque ex delicto agimus, aut actionem instituemus sine causa. Quod ipsum inauditum est. Quo circa peccas hîc gravissimè doctissime Schifourdigere in requisita libelli. Quid ita? ais in conditione furtiva nihil aliud proponi, quàm *si paret eos dare oportere.* Immo inter alia necessarium est, vt jus seu causam petitionis (quod medium concludendi vocant) libellus contineat, *vid.* Bart. *num.* 12. *Ias. num.* 37. *ad l.* 1. D. *de edend.* Ac quidem adeo in personalibus actionibus hoc obtinet, vt vel causam remotam exprimere necesse sit, nec propinquam designare sufficiat. Quid enim, actionem institui suades generaliter, *si paret eos dare oportere.* Vnde hoc apparebit, si non causàm delicti ex qua actionem instituis specificè doceas? Ex termino isto generalissimo quæ tandem idonea sequeretur conclusio, aut vnde species futuræ litis satis demonstraretur? causa delicti vbi remotè & proximè demonstrata est, superaddenda est conclusio, & speranda sententia bona, si conclusio fuerit fundata. Adeoque vel ad hujus verbi mentionem Iubet conclusionem facere. Atque si præmissa, prout confido, fuerint bona & efficacia, a felicibus & bonis felicem sententiam mihi spondeo, a malis non exspecto.

FINIS.

Errata, quæ festinanti operi irrepsêre, sic Emendanda.

Fol. 1. lin. 6. deleto verbo *res* legatur, *quo sensu extra*, &c. fol. 15. lin. 11. ab inf. *a lite* f. 18. lin. 8. *At hæc* fol. 27. lin. 12. inscitia fol. 29. lin. 2. *ibi Goth.* fol. 29. lin. 9. *Sin heres* fol. 31. lin. 19. *fuisses paulò.* fol. 32. lin. 10. pro *rei furtivæ* legatur *rem furtivam repetentis actum* fol. 33. lin. 1. ista *etiologia*, fol. 33. lin. 10. *bella festa.* fol. 34. lin. 1. *O genus* d. fol. lin. 3. *libr.* 2. *quæst.* fol. 35. lin. 3. *effatum* fol. 36. lin. 16. *facta hereditas* fol. 36. lin. 18. *certo certius est*, fol. 37. lin. 6. *conveniri* d. fol. 37. lin. 12. *pauper es* d. fol. 37. lin. 15. *ex cuius extis* d. fol. 37. lin. penult. *dein vah* fol. 38. lin. 5. pro *solem* repone *hominem*, d. fol. 38. lin. 9. in argum. dele *haberi* fol. 39. lin. 9. *si cum hereditas*, d. fol. 39. lin. vlt. *ne hæc* fol. 48. lin. 6. ab infr. *tam multa* d. fol. 48. lin. 4. *inesse.* d. fol. 48. lin. vlt. *supremus iudex* fol. 54. lin. 10. *liberam* fol. 60. lin. 11. *rem ablatam* fol. 72. lin. 7. *Paulum* pag. 81. lin. 11. pro *vna lege vna* fol. 107. lin. vlt. *præferatur* fol. 109. lin. 3. ab infr. *Quid tum?* fol. 113. lin. 18. deleantur, *repretendū hoc* fol. 119. lin. 14. §. 4. *in fin. de minor.* f. 122. lin. 12. *in re certa* ¶. f. 122. lin. 3. ab infr. *bona adhuc* fol. 124. lin. 8. ab inf. *posse* fol. 128. lin. 6. *agitur* fol. 134. lin. *Fabro* lin. 5. *qui parcè* fol. 140. lin. 5. *singularum* fol. 142. lin. 11. *aliter* lin. vlt. *simpliciter*.


BIBLIOTECA NAZ
ROMA
VITTORIO EMA

